



HAL
open science

Les droits fondamentaux de la personne âgée

Aline Vignon-Barrault

► **To cite this version:**

Aline Vignon-Barrault. Les droits fondamentaux de la personne âgée. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2022, 31. hal-04002107

HAL Id: hal-04002107

<https://hal.science/hal-04002107v1>

Submitted on 23 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Personnes âgées et système de santé : perspective française et internationale

Dossier coordonné par

- **Laura Chevreau**, Doctorante à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris.
- **Pierre-Henri Bréchat**, Médecin spécialiste de santé publique et médecine sociale à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP). Docteur es sciences, docteur en droit public et habilité à diriger des recherches, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris, membre associé du Centre d'Études et de Recherches de Sciences Administratives et Politiques (CERSA) - UMR CNRS 7106 - de l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas), et personnalité qualifiée de l'Institut Santé pour refonder notre système de santé.

Aline Vignon-Barrault

Professeur à l'Université d'Angers, Centre Jean Bodin, UPRES EA 4337

Les droits fondamentaux de la personne âgée

Le droit ne fait pas de la personne âgée une catégorie à part qui bénéficierait d'un régime juridique propre¹. Elle est censée jouir des garanties offertes par les textes internationaux (Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP), Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), européens (ConVEDH, Charte des droits fondamentaux, Charte sociale européenne) ou de droit interne, au même titre que n'importe quel sujet de droit. Lorsque la personne âgée est en pleine possession de ses moyens physiques et mnésiques, la question de ses droits fondamentaux, définis comme l'ensemble des droits primordiaux garantis dans un État de droit², ne se pose pas. Ce n'est que lorsqu'elle devient vulnérable sur le plan financier, physique ou intellectuel et/ou qu'elle entre en établissement d'accueil que la menace surgit. C'est pourquoi le législateur l'appréhende

fréquemment par le prisme de sa vulnérabilité³ ou de son besoin de protection. Une telle approche donne lieu à l'élaboration d'un régime superposé, par petites touches, dans des domaines variés. Qu'on songe aux classiques dispositifs de protection juridique figurant dans le code civil (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle) ou à de plus récents mécanismes (mandat de protection future institué en 2007⁴ ou habilitation familiale créée en 2015⁵), ces mesures n'ont cessé de se déployer au gré du vieillissement de la population. Point d'orgue de cette évolution, la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement⁶, a proposé un meilleur accompagnement des personnes âgées dans leur parcours de vie et de soins mais, en outre, a opéré un renforcement de leurs droits et libertés. Dans le cadre des établissements médico-sociaux, l'article L. 311-3 CASF garantit l'exercice de droits et libertés individuels à toute personne prise en charge. La loi du 2 février 2016⁷ créant de nouveaux

3 - A.-P. Ariston Barion Pères et Th. Fossier, « Vulnérabilité ou affaiblissement : quel statut civil pour la personne âgée ? Les exemples français et brésiliens », Dr. Fam. 2005, Etude n°20 ; J. Hauser, « Vulnérable ou protégéable : deux notions à ne pas confondre », RTD civ., 2010, p. 761 ; E.-G. Sledziewski, « La dignité du sujet vulnérable », Dr. Fam. 2011, Etude 8 ; Y. Favier, « Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées », RDSS 2015, p. 702 ; I. Corpart, « Les droits et libertés des personnes âgées et vulnérables renforcés par la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement », RJPF 2016, n°6 ; H. Fulchiron, « L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection », Dr. Fam. 2017, Etude 19 ; C. Bourdaine-Mignot, T. Gründler, préc. *Adde* : C. Lacour, Vieillesse et vulnérabilité, PUAM 2007 ; M.-H. Soulet, Les raisons d'un succès. La vulnérabilité comme analyseur des problèmes sociaux contemporains, in A. Brodiez-Dolino *et alii* (Dir.), Vulnérabilités sanitaires et sociales. De l'histoire à la sociologie, PU Rennes, 2014 ; Moisdon-Chataignier (Dir.), Protéger les majeurs vulnérables, Quelle place pour les familles ?, EHESP 2015.

4 - Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs parue au JORF n° 56 du 7 mars 2007.

5 - Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, JORF n° 0301 du 29 décembre 2015 (rectificatif paru au JORF n° 0013 du 16 janvier 2016). Sur cette loi, v. H. Rihal, « La loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement », AJDA 2016, p. 851, A.-L. Fabas-Serlouten, « Adaptation de la société au vieillissement, un nouveau regard sur la perte d'autonomie », AJ Famille 2016, p. 90. *Adde* : F. Cafarelli, « La loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement : vers une société inclusive », in *Âge(s) et Droit(s)*, De la minorité à la vieillesse au miroir du droit, sous dir. D. Blanc, Institut Universitaire de Varenne, 2016.

6 - Loi préc.

7 - Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JORF n°0028 du 3 février 2016.

1 - C. Bourdaine-Mignot, T. Gründler, « Le vieux, une figure de la vulnérabilité en droit », La Revue des Droits de l'Homme 2020, n°17, p. 6.

2 - A. Vignon-Barrault, « Les droits fondamentaux de la personne âgée », RDSS 2018, p. 759, in Dossier La personne, sujet de protection du droit, Dir. A. Vignon-Barrault, Préf. M. Borgetto, RDSS 2018, p. 757.

droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie s'adresse également aux bénéficiaires naturels que sont les personnes âgées. Par ailleurs, certaines règles du droit pénal sanctionnent spécifiquement les violences et les discriminations dirigées à leur encontre⁸. Malgré cela, les atteintes portées à leurs droits fondamentaux n'ont jamais été plus prégnantes qu'aujourd'hui⁹. Si la crise du COVID-19 a indiscutablement accru le phénomène en limitant la liberté de circulation et en mettant à mal le droit d'entretenir des relations avec l'entourage¹⁰, des causes endémiques sont à l'origine de violation graves et renouvelées à l'ensemble des droits fondamentaux des personnes âgées¹¹. On peut citer, sans souci d'exhaustivité, le faible investissement humain et financier dans la « silver économie », la pénurie de personnel¹², la logique gestionnaire de la prise en charge des personnes âgées indépendamment de leurs besoins effectifs¹³, le peu de considération pour leur capacité d'autodétermination et leur liberté d'action en général.

Les pouvoirs publics se sont pourtant emparés très tôt de la question des droits fondamentaux de la personne âgée à la faveur d'une prise de conscience collective des implications économique-juridiques du vieillissement de la société¹⁴. Cette préoccupation a sensiblement marqué la dernière décennie¹⁵ comme en témoignent les nombreux rapports dédiés aux droits des personnes âgées¹⁶ favorables à la préservation, voire à l'élargissement de

leurs droits fondamentaux. Malgré les efforts déployés et en dépit d'un maillage législatif international et national dense et cohérent, la prise en charge des personnes âgées continue de s'opérer *contra legem*, en violation des droits fondamentaux reconnus par le droit français et les textes internationaux¹⁷.

La réforme « historique »¹⁸, promise pour 2019 sur la base de l'important rapport Libault¹⁹ « Grand âge et autonomie »²⁰, ne paraît plus figurer au premier plan des préoccupations gouvernementales²¹ présenté au Conseil des ministres le 7 octobre 2021²². Les représentants du secteur qui appelaient de leurs vœux une réforme d'envergure ont exprimé leur déception²³. C'est dans ce contexte que le Défenseur des droits a déposé²⁴, le 4 mai 2021, un rapport qui met en évidence l'impact de la crise sanitaire du COVID-19 sur les droits et libertés des personnes accueillies en EHPAD. Le regard du Défenseur des droits est riche d'enseignements dès lors qu'il est saisi des difficultés rencontrées par les personnes âgées sur le terrain et que ses avis sont une source d'inspiration pour le législateur. En six ans, ses services ont reçu plusieurs centaines de signalements pour des mauvais traitements dans ces établissements. Bien que 80 % des dossiers concernent la prise en charge de personnes âgées par des EHPAD, le constat préexistait à la pandémie et vaut pour toutes les personnes âgées, qu'elles soient accueillies

8 - La vulnérabilité liée à l'âge constitue une circonstance aggravante dans le cadre de diverses incriminations que le Code pénal signale par une expression consacrée : « particulière vulnérabilité, due à son âge, maladie, infirmité [...] ».

9 - S. Hennion, « Vous avez dit vieux ? », Dr. Soc. 2020, n°7-8, p. 666.

10 - Pour un exposé complet de la situation, v. le Rapport du défenseur des droits, Les droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD, 4 Mai 2021 : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/836210050_ddd_droitsehpads_access.pdf

11 - A. Vignon-Barrault, « Les droits fondamentaux de la personne âgée », art. préc.

12 - V. p. 4 et 6 du Rapport du Défenseur des droits, préc.

13 - Rapport du Défenseur des droits, préc.

14 - En droit interne, v. P. Laroque, *et al.*, Commission d'étude des problèmes de la vieillesse du Haut comité consultatif de la population et de la famille, 1962. En droit international, v. Treizième session (1995), Observation générale n°6: Droits économiques, sociaux et culturels des personnes âgées <https://www.right-to-education.org/fr/resource/comite-des-droits-conomiques-sociaux-et-culturels-observation-g-n-rale-no6-droits-conomiques>.

15 - V. L'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) sur l'effectivité des droits des personnes âgées, JORF n°0176 du 31 juillet 2013, texte n° 101.

16 - Rapport Broussy (janvier 2013), Rapport du comité « Avancée en âge » (février 2013), Rapport de la députée Martine Pinville (mars 2013), Rapport de l'ANESM sur l'enquête « Bientraitance des personnes accueillies en établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes », 2015, p. 15, Rapport Firmin le Bodo et Lecocq, Rapport d'information par la commission des affaires sociales sur la mise en application de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, n°438 du 5 décembre 2017, Rapport Libault du 28 mars 2019 (Concertation grand âge et autonomie) : changer de regard sur la personne âgée et affirmer sa citoyenneté pleine et entière, Rapport El Khomri (plan de mobilisation nationale en faveur de l'attractivité des métiers du grand-âge), 2019, Rapport du Défenseur des droits sur les droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD, Préc.

17 - Très nettement en ce sens, le Rapport du Défenseur des droits, préc., *passim*.

18 - Selon les mots d'Agnès Buzin, alors ministre des Solidarités et de la Santé.

19 - Président du Haut conseil au financement de la protection sociale.

20 - https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_grand_age_autonomie.pdf.

21 - Déjouant les espoirs des professionnels du grand âge, le premier ministre Jean Castex s'est borné à annoncer à la rentrée des mesures nouvelles en vue de renforcer la cinquième branche de la Sécurité sociale (branche dédiée à l'autonomie) au sein du projet de loi de financement pour la Sécurité sociale (PLFSS). V. le Discours prononcé en Saône-et-Loire le jeudi 23 septembre 2021 : <https://www.vie-publique.fr/discours/281611-jean-castex-23092021-plan-personne-agee-autonomie-ehpad-plfss-2022>

22 - <https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2021-10-07>

23 - Le président de la FNADEPA (Fédération nationale des associations de directeurs d'établissements et services pour personnes âgées) a souligné que le PLFSS « ne pourra résoudre toutes les difficultés auxquelles l'accompagnement du Grand âge doit faire face depuis des années et qui ont été exacerbées par la crise sanitaire ». Dans un communiqué du 8 septembre, l'Association des Directeurs au service des Personnes Âgées (AD-PA) a regretté « qu'une fois de plus l'Etat ne tienne pas parole sur ce sujet majeur ; laissant au milieu du gué les personnes âgées, professionnels et familles ayant subi de plein fouet les effets des retards français, mis en exergue par la crise COVID ».

24 - La défenseur des droits est actuellement Madame Claire Hédon. Le terme « Défenseur des droits » sera utilisé dans la présente étude car il vise l'institution du Défenseur des droits, autorité administrative indépendante.

ou non²⁵. Il reste que l'épidémie de COVID-19 bouscule la coordination des soins entre le secteur médico-social et le secteur sanitaire, faisant des droits et libertés des résidents une « variable d'ajustement face au manque de moyens et de personnels au sein des EHPAD »²⁶. Les personnes âgées accueillies en EHPAD ont été, en outre, identifiées comme étant particulièrement vulnérables au COVID-19 en raison de leur âge et des pathologies ou comorbidités éventuellement associées. Ce constat a conduit les autorités à organiser une protection accrue pour ces personnes par l'adoption de mesures restrictives rigoureuses, dérogoires au droit commun, hors cadre normatif spécifique. Le Défenseur des droits a relevé que ces dispositions²⁷ ont conduit à une augmentation des atteintes aux droits fondamentaux et déploré son manque de lisibilité²⁸. En réponse, 64 recommandations ont été formulées en vue d'améliorer la prise en charge des personnes accueillies en EHPAD et d'assurer l'effectivité de leurs droits, parmi lesquelles 13 recommandations spécifiques à la situation de crise sanitaire.

Le contexte pandémique a certes cristallisé et rendu plus visibles les atteintes aux droits des personnes âgées mais le défi quotidien de la prise en charge des personnes âgées repose aujourd'hui comme hier sur un délicat équilibre entre la préservation de leur sécurité et le respect de leurs droits et libertés²⁹. Dès lors, si les droits fondamentaux sont reconnus par un arsenal de textes contraignants de toute nature, force est de constater leur impuissance à en garantir l'effectivité **(I)**, ce qui invite à proposer des remèdes **(II)**.

I. L'impuissance du législateur à garantir l'effectivité des droits fondamentaux de la personne âgée

En dépit de la multiplicité des sources des droits fondamentaux de la personne âgée **(A)**, à l'épreuve des faits, les atteintes qui leur sont portées sont persistantes **(B)**.

25 - Pour un constat de l'ineffectivité des droits dans différents domaines, v. A. Vignon-Barrault, « Les droits fondamentaux de la personne âgée », Art. préc., « Le maintien à domicile : les raisons de le favoriser, Les outils pour l'appliquer », RDSS 2019. 589 in Dossier Le logement de la personne âgée, Dir. A. Vignon-Barrault, Préf. M. Borgetto, p. 587, « Le respect de la liberté sexuelle des séniors : enjeux et perspectives », RDSS 2020 p. 783, « La prise en charge des malades Alzheimer : entre protection et autonomie », RDSS 2021, p. 486. V. aussi : I. Corpart, « Focus sur les atteintes aux droits des personnes âgées accueillies en EHPAD », Le Journal des accidents et des catastrophes 2021, n°207, p. 3.

26 - Communiqué de presse du Rapport du Défenseur des droits du 4 mai 2021 : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communiquede-presse/2021/05/les-droits-la-dignite-et-les-libertes-des-personnes-agees-en-ehpad-trop>.

27 - Pour une synthèse du contexte et cadre normatif de la crise sanitaire, v. le Rapport du Défenseur des droits, préc., spéc. p. 52 et s.

28 - Rapport du défenseur des droits, préc., p. 35.

29 - J. Guedj, « Déconfinés mais toujours isolés ? La lutte contre l'isolement, c'est tout le temps ! » 36 propositions et pistes pour une politique pérenne de lutte contre l'isolement des personnes âgées, Rapport du 16 juill. 2020.

A. La multiplicité des sources des droits fondamentaux de la personne âgée

La protection des droits fondamentaux des personnes âgées est assurée au niveau international et européen **(1)** mais aussi au plan national à travers un maillage textuel particulièrement dense **(2)**.

1) Les textes internationaux et européens

Sur le plan international, d'importants traités relatifs aux droits humains s'appliquent à tous, sans distinction, y compris aux personnes âgées. On peut citer le Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP)³⁰ et le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)³¹ qui imposent aux États signataires de garantir à chacun l'effectivité de ses droits fondamentaux, notamment le droit à la dignité, à la santé physique et mentale mais aussi le droit à la vie privée et familiale. S'ajoute la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)³² qui protège les personnes âgées présentant « des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »³³. Compte tenu du caractère extensif de la définition, nombre de personnes âgées non reconnues comme handicapées au sens administratif du terme, entrent dans cette définition et sont visées par ce texte.

Au niveau européen, les personnes âgées relèvent naturellement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH)³⁴ et de la Charte des droits fondamentaux³⁵ de l'Union européenne. La Charte sociale européenne³⁶ garantit en outre les droits sociaux et économiques fondamentaux et un traitement non-discriminatoire. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) a formulé en 1995, dans une Observation générale intitulée « Droits économiques, sociaux et culturels des personnes âgées », un certain nombre de recommandations, à l'aune du PIDESC. Elles ont guidé les politiques publiques en matière de

30 - PIDCP, Art. 2, 2 par. 3 et 17.

31 - PIDESC, Art. 12.

32 - CIDPH, ratifiée par la France Le 20 mars 2010.

33 - CIDPH, spéc. Art. 1 à 5.

34 - Y. Lécuyer, « La prise en compte du vieillissement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RDSS 2018 p.769, in Dossier La personne, sujet de protection du droit, Dir. A. Vignon-Barrault, préc.

35 - Proclamée par Conseil européen de Nice, le 7 décembre 2000.

36 - Charte sociale européenne, ratifiée le 7 mai 1999, Art. 11, 23 et E.

vieillesse des populations³⁷.

Ces textes convergent pour assurer l'égalité et l'effectivité des droits au profit des personnes âgées en cohérence avec le droit interne qui poursuit le même objectif.

2) Les textes de droit interne

La loi n° 2005-102 du 11 février 2005³⁸ pour l'égalité des droits et des chances a permis de garantir un pouvoir de décision sans discrimination aux personnes âgées mais c'est la loi ASV du 28 décembre 2015 qui a précisé la nature et l'étendue de leurs droits fondamentaux³⁹. Dans le cadre de l'accueil dans un établissement médico-social, l'article L. 311-3 CASF garantit l'exercice de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité, auxquels la loi précitée du 28 décembre 2015 a ajouté le droit d'aller et venir librement. Diverses chartes de valeur juridique inégale complètent ces dispositifs. On peut citer la Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée⁴⁰, la Charte des droits et des libertés de la personne âgée en situation de handicap ou de dépendance créée par la Fondation Nationale de Gérontologie (FNG) ou la Charte des droits et des libertés de la personne accueillie en établissement qui reprend et explicite les droits inscrits dans le Code⁴¹. Plus récemment, une Charte éthique intitulée « Accompagnement du grand âge » a été rédigée et déposée le 2 septembre 2021 avec pour objectif affiché de renforcer les droits des

personnes âgées⁴². Si ces différentes chartes s'avèrent particulièrement utiles car elles contribuent à garantir les droits fondamentaux de la personne, le droit souple qu'elles composent ne suffit pas à faire cesser les atteintes persistantes aux droits fondamentaux de la personne âgée.

B. Les atteintes persistantes aux droits fondamentaux de la personne âgée

Les droits et libertés fondamentaux de la personne âgée sont très divers mais imbriqués. Tout l'enjeu de la prise en charge des personnes âgées repose sur la nécessité de « protéger sans diminuer »⁴³, de « respecter sans négliger »⁴⁴. Il peut en effet être tentant de confisquer tout pouvoir de décision aux personnes âgées, au risque de les réifier et de les priver de leurs droits, motif pris que la perte de leur capacité est inéluctable du fait de leur amenuisement physique et psychique⁴⁵. Les atteintes aux droits fondamentaux peuvent toucher l'intégrité ou l'intimité de la personne âgée (1) cependant que d'autres concernent leur qualité de vie (2).

1) Les atteintes aux droits fondamentaux relatifs à l'intégrité et à l'intimité de la personne âgée

Les droits sont indiscutablement fondamentaux lorsqu'ils touchent au corps humain, à la dignité, à l'intégrité ou l'intimité de la personne. Ces droits ont une valeur constitutionnelle et sont protégés dans le cadre d'un accueil en établissement par l'article L. 311-3 CASF. En pratique toutefois, les droits à l'intimité⁴⁶ et à la dignité des personnes âgées sont fréquemment négligés, notamment lorsque des « considérations d'ordre organisationnel et budgétaire deviennent

37 - Treizième session (1995), Observation générale n°6 : Droits économiques, sociaux et culturels des personnes âgées <https://www.right-to-education.org/fr/resource/comit-des-droits-conomiques-sociaux-et-culturels-observation-g-n-rale-no6-droits-conomiques>. Il a notamment a été demandé aux États parties de décrire dans leurs rapports périodiques la situation des personnes âgées en ce qui concerne leurs droits fondamentaux.

38 - Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n°36 du 12 février 2005.

39 - Le rapport annexé à cette loi a proclamé à hauteur de principe que « les conditions de vulnérabilité de certains âgés, particulièrement des grands âgés, rendent nécessaires la réaffirmation et l'explicitation de ces droits » en veillant à concilier autonomie et protection.

40 - Art. 1er : « La protection juridique s'exerce dans le respect des libertés individuelles, des droits civiques, des relations personnelles, de la dignité, de l'intégrité et du droit à l'autonomie de la personne, de son logement et de ses biens ».

41 - Elle doit être remise à la personne âgée lors de son entrée dans l'établissement d'accueil et rappelle les droits fondamentaux (droit à la non-discrimination, droit à une prise en charge adaptée, à l'information, principe du libre choix, du consentement éclairé et de la participation de la personne accueillie). Elle doit être communiquée à chaque résident, outre son affichage dans l'établissement.

42 - Reconnaître chaque personne dans son humanité et sa citoyenneté, dans son inaliénable dignité et son identité singulière, p. 12 ; Favoriser l'expression par la personne de l'ensemble de ses potentialités ; Se préoccuper de l'effectivité de ses droits, p.14 ; Être à l'écoute de ce que la personne sait, comprend et exprime. L'informer de façon loyale, adaptée et respecter ses décisions, p.16 ; Garantir à tous un accès équitable à des soins et à des aides appropriés, p.18 ; Reconnaître le besoin, pour chaque personne, d'avoir une vie relationnelle, une vie sociale et familiale, une vie affective et une vie intime, p.20 ; Proposer à la personne un accompagnement global et individualisé, même lorsque des aides ou des soins importants sont nécessaires, p.22 ; Faire en sorte que chacun puisse bénéficier, jusqu'au terme de son existence, de la meilleure qualité de vie possible, p.24 ; Respecter dans leur diversité les savoirs, les compétences, les rôles et les droits des familles et des proches, p. 26.

43 - Suivant l'expression forte de Thierry Fossier, inspirateur de la réforme issue de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 sur les incapacités.

44 - V. F. Gzil et H. Kasprzac, « Protéger sans diminuer, respecter sans négliger », in La maladie d'Alzheimer et le droit : approche du respect de la personne malade, RGDM 2014, n°50, p. 33 et s. *Adde* : S. Berheim-Desvaux, « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », RJPF avril 2010, p. 8, R. Dijoux, « L'autonomie en droit de la protection des majeurs : critiques pratiques », LPA 16 déc. 2011, n°250, p. 4.

45 - A. Vignon-Barrault, « La prise en charge des malades Alzheimer : entre protection et autonomie », RDSS 2021 p. 486.

46 - V. E. Jean, « Le droit à l'intimité et à la vie privée de la personne âgée ou handicapée adulte en établissement médico-social », in L'intimité menacée ? dir. M. Jean et A. Dutier, Eres, 2019, p. 77-84.

prédominantes »⁴⁷. De telles atteintes peuvent résulter de mauvais traitements ou de négligences dans les soins. Le constat dressé par le Défenseur des droits dans son rapport est particulièrement accablant à cet égard⁴⁸. Au-delà de ce rapport, des pratiques récurrentes, attentatoires aux droits des personnes âgées, sont observées. Au nom de la sécurité des personnes âgées, l'entourage et les professionnels s'autorisent à accéder sans frapper à la porte de leur logement ou de leur chambre, voire utilisent des moyens de géolocalisation ou de vidéosurveillance sans solliciter leur accord préalable⁴⁹. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a formulé des recommandations sur les systèmes de suivi et d'assistance électroniques des personnes âgées ou désorientées, le 24 juillet 2013. Elle considère que ces dispositifs ne sauraient se substituer à la prise en charge humaine et ne saurait pallier le manque de personnel. Le principe de la liberté d'aller et de venir doit demeurer la règle⁵⁰. Le respect du droit à la vie privée et à l'intimité consacré par l'article 8 de la ConvEDH et l'article 9 du Code civil doit être garanti. C'est d'autant plus vrai qu'il n'existe pas de fondement législatif règlementant l'usage de ces dispositifs ni de décision de justice ayant précisé leurs conditions d'utilisation. Dans l'attente d'un texte⁵¹, ces systèmes doivent être utilisés avec parcimonie et répondre au principe de proportionnalité et d'individualisation. Le Défenseur des droits recommande à cet égard d'élaborer un guide à l'usage des professionnels explicitant le cadre juridique de la mise en place des systèmes de vidéosurveillance⁵².

Dans le prolongement de ces droits cardinaux, le droit fondamental de toute personne de jouir du meilleur état de santé possible sans discrimination⁵³ a une valeur constitutionnelle⁵⁴ et doit « être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne » en vertu de l'article L. 1110-1 CSP. Les articles L.1110-5 et L.1112-4 du CSP garantissent par ailleurs le droit aux soins les plus adaptés à son état et la prise en charge de la douleur ainsi que le droit d'avoir une fin de vie digne. Les textes mettent en place une aide à la décision médicale et le droit, pour la personne âgée de

participer aux décisions la concernant⁵⁵. Dans le cadre des établissements d'accueil, le droit à la santé se double d'un droit à la sécurité prévu par l'article L.311-3 alinéa 1^{er}, 1^o CASF et par l'article 7 de la Charte des droits et des libertés de la personne accueillie en établissement qui garantit « le droit à la protection, le droit à la sécurité, y compris sanitaire et alimentaire ». A l'épreuve des faits, les atteintes à ce droit sont fréquemment caractérisées du fait d'une insuffisance quantitative ou qualitative de personnel ou encore du mauvais entretien des locaux. Sont concernés la coordination des soins, la prise en charge médicamenteuse, la prise en charge nocturne et les transferts au service des urgences, la santé bucco-dentaire et l'accompagnement de la fin de vie. Ce risque de dysfonctionnement a été accru du fait du contexte sanitaire⁵⁶. Le défenseur des droits a formulé dans son Rapport un certain nombre de recommandations pour remédier à cette situation⁵⁷.

Des atteintes tout aussi nombreuses concernent les droits fondamentaux qui protègent la qualité de vie de la personne âgée.

2) Les atteintes aux droits fondamentaux relatifs à la qualité de vie de la personne âgée

Le droit à l'intimité et à la vie privée détermine la qualité de vie de la personne âgée dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme en retient une conception extensive qui « englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur »⁵⁸. Dans cette perspective, la Cour considère que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »⁵⁹. A cet égard le respect de ces droits fondamentaux est largement tributaire du mode de vie de la personne âgée et de son degré d'autonomie. Plus elle est dépendante, plus les risques d'atteintes à ses droits sont élevés. Le Rapport du Défenseur des droits montre que la personne âgée est très souvent bridée dans les différentes dimensions de sa vie personnelle. Une atteinte à la vie privée ou au droit d'aller et venir résulte généralement d'une limitation excessive des visites ou d'une restriction des déplacements, ce

47 - En ce sens, v. le Rapport du défenseur des droits, préc., p. 4 et 5.

48 - Rapport préc., *passim*.

49 - Sur l'ensemble de cette question, v. A. Vignon-Barrault, « Le contrôle numérique des personnes âgées » in Smart cities & Santé, Dir. A. Taillefait et M. Lana, t. 76, Institut Universitaire Varenne, Coll. : Colloques & Essais, 2019, p. 57.

50 - En ce sens, v. le Rapport du Défenseur des droits, p. 24.

51 - Recommandation n°34, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

52 - Recommandation n°36, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

53 - Sur le droit à la santé en période de crise sanitaire, v. J.-M. Pontier, « Crise sanitaire et droit à la santé », RDSS 2021, p. 661.

54 - Article 11 du préambule de la Constitution de 1946 : « La Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

55 - Sur le détail de cette question, v. F. Arhab-Girardin, « L'aide à la décision médicale de la personne âgée vulnérable », RDSS 2018, p. 779, in Dossier La personne, sujet de protection du droit, Dir. A. Vignon-Barrault, préc.

56 - V. le Rapport du Défenseur des droits, préc. p. 17 et s.

57 - Recommandations n°18 à 30, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

58 - V. par exemple CEDH, 29 avril 2002, Pretty C/RU : Rec. CEDH 2002, III, §61.

59 - CEDH, 17 février 2005 ; K. A. et A. D. c/ Belgique, req. 42758/98 et 45558/99 § 83 et s. Sur l'ensemble de cette question, v. A. Vignon-Barrault, « Le respect de la liberté sexuelle des séniors : enjeux et perspectives », RDSS 2020, p. 783.

qu'illustre la crise sanitaire, voire d'une ouverture du courrier ou d'une interdiction de l'usage de téléphones portables. S'agissant spécialement de la liberté d'aller et venir, le défenseur des droits a constaté que l'application du droit souple a concouru à accentuer les entraves aux droits des personnes âgées⁶⁰ et recommande⁶¹ de limiter son recours pour toute mesure attentatoire aux droits et libertés des personnes accueillies.

Pour remédier aux manquements constatés, le Défenseur des droits propose par ailleurs de renforcer le droit à une prise en charge et à un accompagnement de qualité en élaborant, au-delà des recommandations de la Haute Autorité de santé (HAS), un cadre réglementaire définissant les conditions d'élaboration du projet personnalisé du résident⁶². Le rôle et l'intervention des tiers pourraient être précisés, notamment celui des « dames de compagnie » au sein des EHPAD, dans le règlement intérieur de l'établissement⁶³. Afin de garantir le bien être des résidents, il est également recommandé aux directions des établissements de leur proposer des activités accessibles et adaptées⁶⁴ dans le cadre d'un projet personnalisé réévalué périodiquement avec la participation de l'intéressé⁶⁵. Il est suggéré de veiller à ce que « les directions des EHPAD proposent et organisent des modalités de communication à distance pour les résidents (téléphone, vidéoconférence, courriel, applications dédiées, mise à disposition de papier et stylos...) permettant à l'ensemble des personnes de garder un contact avec leurs proches », en particulier pendant la crise sanitaire⁶⁶.

Si le renforcement et l'explicitation des mesures existantes sont indispensables il convient d'identifier précisément les leviers de nature à lutter contre l'ineffectivité des droits, notamment par la mise en œuvre de contrôle plus étroits.

II. Les remèdes à l'ineffectivité des droits fondamentaux de la personne âgée

Deux leviers peuvent être actionnés pour garantir les droits fondamentaux de la personne âgée. Il convient de réaffirmer son pouvoir d'autodétermination **(A)** tout en renforçant les mécanismes de contrôle de ses droits **(B)**.

60 - Rapport du Défenseur des droits, préc., p. 37.

61 - Recommandation n°53, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

62 - Recommandation n°10, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

63 - Recommandation n°13, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

64 - Recommandation n°15, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

65 - Recommandation n°15, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

66 - Recommandation n°64, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

A. La réaffirmation du pouvoir d'autodétermination de la personne âgée

Le pouvoir d'autodétermination est au cœur des droits fondamentaux des personnes âgées⁶⁷. De ce pouvoir découle le libre exercice de deux prérogatives essentielles : d'une part le droit de consentir **(1)**, d'autre part le libre choix de son domicile **(2)**.

1) Le droit de consentir consolidé

Le consentement de la personne âgée devrait être recueilli systématiquement⁶⁸ pour toute question relative à son mode de vie : choix du domicile, interactions avec les tiers, loisirs, parcours de soins, etc. et ce, qu'elle soit accueillie dans un établissement médico-social⁶⁹ ou non. En pratique la réalité est tout autre, comme le confirme le Rapport du Défenseur des droits⁷⁰. Le constat n'est pas nouveau. Bien souvent, famille et soignants passent outre l'avis du malade par habitude et parce que c'est plus rapide et plus commode. C'est alors la loi du tout ou rien qui est à l'œuvre. Soit le malade est capable d'exprimer une volonté libre et éclairée, auquel cas, il se prend en charge, soit une autre volonté se substitue à la sienne. Or, compte tenu de l'amenuisement progressif des capacités mnésiques, propre au grand âge, une voie médiane devrait être privilégiée de nature à tenir compte de ce que le malade n'est pas systématiquement privé de conscience. Il peut l'être partiellement ou se trouver dans un intervalle lucide⁷¹.

Le rapport du Défenseur des droits rappelle l'importance du consentement⁷² et formule un certain nombre de recommandations⁷³, après avoir constaté les nombreuses atteintes portées à ce droit dans le cadre des EHPAD contre la lettre de l'article L. 311-3, 3° CASF. Il est rappelé que son effectivité passe par une information claire et facile d'accès⁷⁴. De manière plus novatrice, le Défenseur des droits suggère de mettre en place un contrôle institutionnel en incitant les directions des EHPAD à désigner un référent chargé de veiller à la

67 - La Recommandation CM/Rec(2014)2 adoptée par le Comité des Ministres le 19 février 2014 sur la base des travaux menés par son Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) s'articule autour de principes destinés à renforcer la liberté individuelle, l'article III énonçant expressément que « les personnes âgées ont droit [...] de mener une vie [...] autodéterminée ».

68 - Avis du CNCDH sur le consentement des personnes vulnérables, JORF n°0158 du 10 juillet 2015, texte n° 126. *Adde* : Y. Favier, « Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées », RDSS 2015, p. 702.

69 - L'article 311-3 CASF, 3° consacre le droit à une prise en charge et à un accompagnement individualisé de qualité, pour lequel le consentement de l'intéressé doit systématiquement être recherché.

70 - V. la recommandation n°63 au titre des mesures prise dans le cadre de de la crise sanitaire, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

71 - Sur le détail de cette question, v. A. Vignon-Barrault, « Les droits fondamentaux de la personne âgée », Art. préc.

72 - Rapport du défenseur des droits, préc., p. 8.

73 - Recommandations 10, 13, 14 et 15, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

74 - Recommandation n°3, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

recherche effective du consentement des résidents⁷⁵. Le recours à un tel référent pourrait être généralisé dans le cadre des parcours de soins hors EHPAD ou dans le cadre de la conclusion des contrats qui engagent le patrimoine de la personne âgée ou impactent ses conditions de vie.

Lorsque la personne âgée n'est pas en mesure de consentir seule, il importe de rechercher son assentiment⁷⁶ et de lui proposer une aide à la décision. Il s'agit alors de remplacer le consentement libre et éclairé par celui de « consentement assisté » qui suppose une décision concertée. A cet égard, la loi du 28 décembre 2015 a étendu la possibilité de désigner une personne de confiance au bénéfice de la personne accueillie dans un établissement, un service social ou médico-social⁷⁷. Elle a pour mission d'accompagner la personne âgée dans ses démarches et de l'aider dans ses décisions dans le cadre de sa prise en charge médico-sociale⁷⁸. Cette mesure mérite d'être approuvée car elle permet de suppléer l'absence d'une mesure d'anticipation (mandat de protection future, directives anticipées, régimes de protection classique telle la curatelle, la tutelle ou la sauvegarde de justice). Le défenseur des droits déplore toutefois que le recours à la personne de confiance soit mal compris⁷⁹, peu ou mal utilisé⁸⁰. Il suggère d'engager des actions de sensibilisation auprès des professionnels, des résidents et de leurs proches sur le rôle de la personne de confiance dans le secteur médico-social⁸¹ et de prévoir, « par une disposition réglementaire, l'obligation d'inscrire le nom et les coordonnées de la personne de confiance désignée par le résident dans son dossier »⁸². Il est également recommandé de veiller à ce que les directions des EHPAD renforcent l'information du résident et de ses proches sur les modalités de prise en charge, les prestations proposées, les mesures de protection, les voies de recours ainsi que le droit pour la personne accueillie de désigner une personne de confiance⁸³.

Une réécriture de l'article L. 311-4 du CASF est préconisée afin d'imposer la présence de la personne de

confiance lors de la conclusion du contrat de séjour, sauf refus de la personne âgée⁸⁴. On le pressent, le choix du domicile est crucial car il à la fois un outil de promotion des droits fondamentaux de la personne âgée et la condition de son bien-être⁸⁵.

2) Le libre choix du domicile préservé

Parmi leurs revendications les plus marquées, les seniors entendent préserver leur liberté de choisir leur lieu de vie avec une préférence marquée pour le maintien à domicile⁸⁶, conformément aux textes qui leur offrent cette faculté⁸⁷. L'article L. 311-3, 2° CASF permet notamment de choisir entre le recours à des prestations à domicile et l'admission au sein d'un établissement spécialisé. En pratique toutefois, la loi est éludée. Sous couvert de protéger la personne âgée, il lui est régulièrement imposé de quitter son domicile pour un établissement d'hébergement collectif sans justification tenant à sa sécurité ou à sa protection. L'hypothèse vise le placement d'office en établissement médicalisé⁸⁸ mais, le plus souvent, l'atteinte à la liberté de choisir son domicile est beaucoup plus insidieuse et prend la forme d'une insistance de plus en plus pressante des proches pour faire plier la volonté de la personne âgée. Le départ du domicile s'opère alors au prix d'un vice du consentement qui relève d'une forme de violence morale exercée par un tiers au contrat d'hébergement. L'article 226-4-2 C. pén. qui condamne « le fait de forcer un tiers à quitter le lieu qu'il habite sans avoir obtenu le concours de l'État dans les conditions prévues à l'article L. 153-1 du code des procédures civiles d'exécution, à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contraintes, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende »⁸⁹ paraît ici inopérant. On imagine mal une personne âgée vulnérable, en perte d'autonomie, prendre l'initiative d'une action en justice contre ses proches. Dans le cadre sanitaire et social, l'article L. 311-4, b, 2° CASF, cela a été indiqué, fait obligation au directeur d'établissement de s'entretenir avec la personne âgée accueillie, lors de la conclusion du contrat de séjour, hors de la présence de tout tiers, sauf si la personne demande à être accompagnée, en particulier

75 - Recommandation n°8, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

76 - Sur cette notion, v. E. Hirsch, « Approche éthique de la personne atteinte de la maladie d'Alzheimer », in La maladie d'Alzheimer et le droit : approche du respect de la personne malade, RGDM 2014, p. 25-31.

77 - Art. L.311-5-1 CASF.

78 - Toute personne prise en charge peut également faire appel, en vue de l'aider à faire valoir ses droits, à une personne qualifiée choisie sur une liste établie conjointement par le préfet, le directeur général de l'ARS et le président du conseil départemental. Cette personne qualifiée, sorte de médiateur, rend compte de ses interventions aux autorités chargées du contrôle, ainsi qu'à l'intéressé ou à son représentant légal. Cette médiation peut s'inscrire dans une démarche précontentieuse et éviter d'éventuelles actions en responsabilité pour faute de l'établissement. Toutefois, cette mesure est difficile à mettre en place (V. H. Rihal, « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale évite-t-elle la maltraitance en institution ? », RDSS 2006, p. 1000).

79 - Confusion avec le représentant légal.

80 - Rapport Défenseur des droits préc., p. 10.

81 - Recommandation n°4, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

82 - Recommandation n°5, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

83 - Recommandation n°7, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

84 - Recommandation n°6, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

85 - Sur l'ensemble de la question, v. Dossier Le logement de la personne âgée, Dir. A. Vignon-Barrault, Préf. M. Borgetto, RDSS 2019, p. 587.

86 - A. Vignon-Barrault, « Le maintien à domicile : les raisons de le favoriser, les outils pour l'appliquer », Art. préc. *Adde* : Rapport Libault, p. 21-23.

87 - CIDPH (Art. 19), Charte sociale européenne (article 23) ; Loi ASV du 28 décembre 2015, préc. Sur cette question, v. A. Meyer-Heine, « Politiques publiques et personnes âgées dépendantes : priorité au maintien à domicile au sein de l'Union européenne », Revue de l'Union européenne 2021, p. 223.

88 - Qui a fait l'objet d'une décision devant la Cour européenne des droits de l'Homme à l'occasion d'un arrêt H. M. c. Suisse : CEDH, 26 février 2002, n° 38187/98, H. M. c. Suisse.

89 - Art. 226-4-2 CP issu de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 - art. 26, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF n° 0072 du 26 mars 2014, p. 5809, texte n°1.

par la personne de confiance qu'elle aura désignée⁹⁰. Le Défenseur des droits regrette toutefois dans son Rapport que les conditions du recueil du consentement de la personne âgée demeurent sujettes à caution et que des mises sous protection soient demandées pour faciliter l'entrée en EHPAD⁹¹. Il propose d'offrir au résident la possibilité d'alterner, dans un premier temps, les séjours en établissement et au domicile, afin d'exprimer un choix éclairé⁹². Cette proposition mérite pleine approbation car elle conforte le pouvoir d'autodétermination de la personne âgée et garantit sa liberté de choisir son lieu de vie.

L'effectivité des droits fondamentaux suppose, outre l'affirmation du pouvoir d'autodétermination de la personne âgée, le renforcement des mécanismes de protection afin de détecter l'ampleur des atteintes portées.

B. Le renforcement des mécanismes de protection des droits fondamentaux de la personne âgée

La protection des droits fondamentaux passe par une lutte constante contre les discriminations et les maltraitances faites aux personnes âgées **(1)**, accompagnée d'un contrôle des activités des professionnels du troisième âge **(2)**.

1) La lutte contre les discriminations et maltraitances

En premier lieu, le respect des droits fondamentaux implique une lutte contre toute forme de discrimination liée à l'âge, garantie par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations⁹³. L'article 31 de la loi ASV a ouvert aux associations le droit de se constituer partie civile en cas de discrimination liée à l'âge⁹⁴. Ce type de discrimination, volontiers désigné aujourd'hui sous le terme d'« âgisme », est défini comme le fait d'avoir des préjugés ou d'adopter un comportement discriminatoire envers des personnes

ou des groupes en raison de leur âge⁹⁵. Le rapport Libault⁹⁶ avait formulé une proposition intéressante qui pourrait être consacrée : créer une mission parlementaire et un observatoire de l'âgisme rattaché au Défenseur des droits.

En second lieu, les atteintes les plus frontales aux droits fondamentaux sont celles qui touchent aux droits de l'homme. Elles consistent dans des actes de maltraitance infligés aux personnes âgées⁹⁷ et prennent des formes variées (physiques, psychiques ou économiques)⁹⁸. Au titre des violences quotidiennes, on peut citer les traitements inhumains et dégradants (contention⁹⁹, pose de protections urinaires sans nécessité, réduction des temps de toilette, enfermement...) prescrits au nom de la sécurité des intéressés ou pour pallier le manque de personnel et de temps dédié aux soins¹⁰⁰. Outre que de tels actes sont prohibés par des textes internationaux et européens¹⁰¹, ils tombent sous le coup du droit pénal qui alourdit la répression des crimes et des délits constitutifs d'atteintes à la dignité et à l'intégrité des personnes âgées ou vulnérables. En pratique, l'efficacité du droit pénal est cependant limitée car les personnes âgées craignent généralement de signaler la maltraitance à leur famille, à leurs amis ou aux autorités quand elles n'oublient pas purement et simplement l'événement violent. L'entourage et les professionnels sont également rétifs à dénoncer les maltraitances bien que l'article L. 313-24 CASF protège le salarié ou l'agent qui « a témoigné de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ». Le constat est le même s'agissant des établissements, services et lieux de vie qui ont pourtant l'obligation, en vertu de l'article L. 331-8-1 CASF, de signaler aux autorités administratives et sans délai « 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 ». La menace des sanctions pénales en cas de non dénonciation, prévues à l'article

90 - Selon les rapports parlementaires, cette disposition avait « pour but de pallier les pressions subies par des personnes fragilisées que leur entourage souhaite voir accueillies en établissement alors qu'elles-mêmes préféreraient bénéficier d'un accompagnement à domicile ».

91 - La Cour de cassation a rappelé qu'il ne suffit pas, pour ouvrir une mesure de tutelle, que la personne âgée soit dans une situation de grande dépendance à l'égard d'un proche, il faut que soit médicalement constatée l'altération des facultés mentales de la personne ou de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté : Cass. 1re civ., 13 février 2019, n° 18.13-386, Note N. Peterka, JCP N 5 juillet 2019, n° 27, p. 30.

92 - Recommandation n°2, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

93 - JORF n°0123 du 28 mai 2008, p. 8801.

94 - Art. 2-8 C. proc. Pén. « Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits ayant, en vertu de ses statuts, vocation à défendre ou à assister les personnes [...] âgées peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 C.pén. lorsqu'elles sont commises en raison de [...] l'âge de la victime ».

95 - Selon le Glossaire du site Stop Discrimination publié par l'Union européenne, l'âgisme est un « préjugé contre une personne ou un groupe en raison de l'âge ».

96 - Préc.

97 - Suivant la définition donnée par l'OMS, la maltraitance des personnes âgées consiste en un acte unique ou répété, ou en l'absence d'intervention appropriée, dans le cadre d'une relation censée être une relation de confiance, qui entraîne des blessures ou une détresse morale pour la personne qui en est victime.

98 - Pour une analyse de la violence financière en EHPAD, v. le Rapport du Défenseur des droits, préc., p. 28-30.

99 - Recommandation n°33 : diligenter une mission de l'IGAS sur le recours aux mesures de contention dans les établissements médico-sociaux, in Rapport du Défenseur des droits, préc.

100 - Sur ce constat, v. le Rapport du Défenseur des droits, *passim*.

101 - Art. 7 PIDCP ; art. 15 CIDPH ; art. 3 CESDH.

434-3 C. pén.¹⁰², ou de non-assistance à personne en danger, visée à l'article 223-6 C. pén., ne paraît pas non plus d'une grande efficacité. Le rôle des bonnes pratiques professionnelles émanant de la HAS est porteur d'espoir tout comme celui de la « Commission de promotion de la bientraitance et de lutte contre la maltraitance des personnes vulnérables »¹⁰³ qui a vocation à améliorer le repérage, le signalement et le traitement de situations de maltraitance. De manière plus positive en effet, les politiques publiques se sont assigné la mission de promouvoir la bientraitance et l'accompagnement des acteurs au quotidien¹⁰⁴, intra ou hors EHPAD.

Sur le sujet des maltraitements, le Défenseur des droits fait état d'une situation préoccupante dans les EHPAD et alarme les pouvoirs publics sur la persistance des traitements inhumains et dégradants. De multiples recommandations¹⁰⁵ sont formulées pour éviter et déceler les cas de maltraitance¹⁰⁶. Du côté des professionnels, un renforcement de la formation des intervenants dans l'accompagnement et le soin des résidents¹⁰⁷ ainsi qu'une sensibilisation quant au comportement à adopter¹⁰⁸, sont proposés. Cette suggestion pourrait être élargie à tous les intervenants du secteur du troisième âge. S'agissant des personnes âgées et de leur entourage, l'importance du recueil de la parole est soulignée, le silence étant souvent la règle du fait de la crainte de représailles¹⁰⁹. Le Défenseur des droits propose par ailleurs de mettre en place des observatoires régionaux de la maltraitance signalées sur un territoire¹¹⁰ ainsi qu'un dispositif effectif de médiation dans le secteur médico-social¹¹¹. Les directions des EHPAD sont encouragées à renforcer la gestion et le suivi des événements indésirables au sein de l'établissement¹¹². Ces propositions, qui oeuvrent en faveur d'une responsabilisation des professionnels, s'appuient sur une politique de contrôle qui doit être généralisée.

102 - Qui oblige toute personne qui a connaissance « de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou 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 (...) » à en informer les autorités judiciaires ou administratives.

103 - Installée le 19 février 2018.

104 - V. la note du 18 janvier 2019 articulée autour de 3 enjeux (comprendre les phénomènes de maltraitance, réagir collectivement et prévenir la survenance de ces phénomènes).

105 - Recommandations 42 à 50, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

106 - Rapport du Défenseur des droits, p. 30 à 32.

107 - Recommandation n°43, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

108 - Recommandation n°44, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

109 - Recommandation n°46 : prendre des mesures appropriées pour protéger le résident en EHPAD de toutes représailles à son encontre à la suite d'une plainte de ses proches concernant des défaillances liées à sa prise en charge, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

110 - Recommandation n°42, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

111 - Recommandation n°43, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

112 - Recommandation n°49, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

2) La multiplication des contrôles institutionnels

Les professionnels du troisième âge sont soumis à un certain nombre de contrôles institutionnels qui viennent au soutien des droits fondamentaux des personnes âgées. Le code de la santé publique confie aux Agences régionales de santé (ARS) le soin de veiller « à ce que la lutte contre les inégalités sociales et territoriales de santé soit prise en compte au sein de ces commissions, lesquelles rendent compte d'actions précises de lutte contre ces inégalités, notamment à l'égard des personnes en situation de vulnérabilité »¹¹³, ce qui vise au premier chef les personnes âgées. Dans le cadre du projet régional de santé, les objectifs « portent notamment sur [...] l'organisation des parcours de santé, notamment pour les personnes atteintes de maladies chroniques et les personnes en situation de handicap ou de perte d'autonomie [...] »¹¹⁴.

Les structures médico-sociales sont par ailleurs soumises à des dispositifs d'évaluation de leur activité. A la suite du rapport de l'IGAS¹¹⁵, la loi du 24 juillet 2019¹¹⁶ a confié à la HAS l'élaboration d'un nouveau dispositif d'évaluation et d'un cahier des charges auquel seront soumis les organismes pouvant procéder à cette évaluation¹¹⁷. Ce texte prévoit non seulement la transmission du rapport d'évaluation à l'autorité ayant délivré l'autorisation et à la HAS, mais également sa publication. Le Défenseur des droits propose « d'intégrer dans le nouveau dispositif d'évaluation des structures médico-sociales la publication des résultats sous forme d'indicateurs afin de mettre à disposition du grand public des informations qualitatives sur les différents établissements »¹¹⁸. Cette publicité des informations doit être encouragée car elle contribue à garantir l'effectivité des droits fondamentaux des personnes âgées accueillies.

De manière plus novatrice, un contrôle du contenu des contrats de séjour, fréquemment entachés d'irrégularités, est recommandé par le Défenseur des droits qui invite les directions des EHPAD à planifier, dans les meilleurs délais, « un audit externe portant sur la validité des contrats de séjour de toutes les personnes accueillies et à procéder le cas échéant, à leur régularisation »¹¹⁹. Cette proposition mérite une double approbation car elle garantit l'égalité de tous et offre une protection renforcée à chaque résident. Le Défenseur des droits associe la DGCCRF, chargée de débusquer les clauses abusives dans les

113 - Art. L. 1432-1 CSP.

114 - Art. L. 1434-2, 2^e CSP.

115 - IGAS, « Le dispositif d'évaluation interne et externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux, rapport établi » par C. HESSE et T. LÉCONTE, juin 2017.

116 - Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé, JORF n°0172 du 26 juillet 2019.

117 - Sur le détail, v. le rapport du Défenseur des droits, préc. p. 33.

118 - Recommandation n°51, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

119 - Recommandation n°1, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

contrats¹²⁰ ainsi que les clauses interdisant de rechercher la responsabilité des établissements, en cas de vol, de perte ou de détérioration des biens des résidents¹²¹.

Pour répondre aux enjeux d'un accueil digne et respectueux de nos aînés, le Défenseur des droits propose également un contrôle en amont consistant à « fixer un ratio minimal de personnels travaillant en EHPAD en fonction du niveau d'autonomie et des soins requis des résidents » conformément à « la proposition du Conseil de l'âge du Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge (HCFEA) qui fixe un objectif de norme d'encadrement de 0,8 effectif à temps plein (ETP) par résident »¹²². Conformément aux préconisations du rapport El Khomri¹²³, il est également suggéré de « revaloriser les diplômes et les parcours professionnels liés aux métiers de l'accompagnement à l'autonomie »¹²⁴.

Ces diverses mesures de contrôle présenteraient un intérêt certain car elles permettent de responsabiliser les professionnels tout en moralisant leurs pratiques.

Aline Vignon-Barrault

120 - Recommandation n°9, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

121 - Recommandation n°41, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

122 - Recommandation n°11, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.

123 - « Plan de mobilisation nationale en faveur de l'attractivité des métiers du grand âge », préc.

124 - Recommandation n°12, *in* Rapport du Défenseur des droits, préc.