

Pierre-Brice **Lebrun**

Sandrine **Laran**

AIDE-MÉMOIRE

Droit
en action sociale
et médico-sociale

3^e édition

DUNOD

Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est représenté pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements

d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour

les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du

droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).



© Dunod, 2021

11 rue Paul Bert, 92240 Malakoff

www.dunod.com

ISBN 978-2-10-070460-6

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Présentation des auteurs

PIERRE-BRICE LEBRUN enseigne le droit dans le secteur social et médico-social. Il a coordonné la rédaction du *Grand dictionnaire de la petite enfance* (Dunod, 2^e édition, 2021) dont il a rédigé les entrées juridiques. Il est l'auteur de l'aide-mémoire *La protection de l'enfance* (Dunod, 2020) et, avec Mélanie Dupont, de l'aide-mémoire *Droit à l'usage des psychologues* (Dunod, 2019). Il intervient à l'École des psychologues praticiens (Paris) et encadre des formations pour l'Association professionnelle de psychologie et psychopathologie de l'enfant (APPEA). Il donne régulièrement des conférences partout en France.

SANDRINE LARAN, quatre ans après son AVC, a fondé l'association toulousaine AmisPlégiques, qu'elle préside. Titulaire d'un DU en Éducation thérapeutique du patient (université Pierre et Marie Curie, Paris), elle intervient comme formatrice au Pôle régional d'enseignement et de formation aux métiers de la santé (PREFMS) de Toulouse, à la Faculté de médecine de Toulouse et à l'IFSI de Tarbes. Vice-présidente de la CDAPH 31, elle est membre du CTS 31 et de la CDCA 31. Elle travaille au quotidien auprès de personnes en situation de handicap à l'université Jean Jaurès (Toulouse). Pair-aidante et patiente experte, elle collabore régulièrement avec l'ARS Occitanie, le CHU Pierre-Paul Riquet (Toulouse) et le Centre hospitalier de Bigorre (Tarbes). Elle a participé à plusieurs ouvrages collectifs (ANFE, Cepaduès éditions).

Sommaire

<i>Présentation des auteurs</i>	III
<i>Introduction</i>	1
1 Les droits dits « des usagers »	7
2 Le respect de la vie privée	16
3 Le droit à l'image	19
4 Le secret professionnel	24
5 Le « secret médical »	32
6 L'obligation de discrétion et de confidentialité	35
7 Le partage d'informations	38
8 La « levée » du secret et la révélation de l'information	46
9 La santé du mineur et du majeur protégé	54
10 Les certificats médicaux	58
11 L'autorisation de soins et d'opérer	61
12 L'administration des médicaments dans les structures d'accueil	67

13	La réaction face aux urgences médicales	74
14	La personne de confiance	78
15	La sexualité du mineur et du majeur protégé	80
16	La contraception des mineures	92
17	Le recours à l'interruption volontaire de grossesse	94
18	L'accouchement dit « sous X »	96
19	L'accès aux origines personnelles	99
20	La responsabilité	103
21	La responsabilité des professionnels	115
22	L'obligation de moyens et le droit de retrait	120
23	Les obligations alimentaires et la solidarité financière	123
24	Les violences au sein du couple	156
25	L'interdiction de sortie du territoire	173
26	La vulnérabilité	175
27	L'autorité parentale	180
28	La kafâla	194
29	Le décès des parents	198
30	La protection de l'enfance	200
31	Le signalement et l'information préoccupante	212
32	Le droit pénal des mineurs	224
33	L'expression de l'enfant en justice	238
34	La protection des majeurs	240

35	Le mandat de protection future	257
36	Les mesures d'accompagnement (MASP, MAJ et MJAGBF)	260
37	Les soins psychiatriques sans consentement	267
38	Le handicap	283
39	La maison départementale des personnes handicapées	292
40	La commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées	302
41	Les prestations liées au handicap	313
42	Le handicap et les droits des personnes handicapées	332
43	Le droit à la mobilité et à l'accessibilité	344
44	Le droit à l'éducation et à la formation des enfants et adultes handicapés	361
45	Les droits des aidants	379
	<i>Index</i>	386
	<i>Liste des sigles</i>	389

Introduction

« L'ignorance provoque un tel état de confusion qu'on s'accroche à n'importe quelle explication afin de se sentir un peu moins embarrassé. C'est pourquoi moins on a de connaissances, plus on a de certitudes. »
Boris Cyrulnik, Histoire de la folie avant la psychiatrie (2018)

LE DROIT N'EST PAS UN ENSEMBLE DE RÈGLES, parfois idiotes ou incompréhensibles, qu'il faut apprendre par cœur et respecter – ou contourner – sans réfléchir : c'est une matière vivante, littéraire, issue de la philosophie, qui puise ses racines dans l'Histoire, et dont l'évolution suit celle des peuples et des cultures. Le droit n'a pas été découvert dans les sous-sols humides d'une pyramide guatémaltèque ; il n'a pas été retrouvé – après d'épuisantes recherches – au fin fond d'un tombeau inca, enseveli sous une montagne d'offrandes à Thémis ou au Dieu Dalloz ; il n'est pas une matière fossilisée que l'on peut étudier, disséquer, autopsier.

Nul besoin de le traduire, même si ses formules et son vocabulaire châtié apparaissent parfois un peu trop littéraires pour notre époque.

Nul besoin de bâtir – entre chercheurs et doctorants – des théories sur son évolution et son sens caché, sa signification dissimulée : le droit ne dit rien d'autre que ce qu'il dit, et c'est déjà bien assez.

Nul besoin de l'interpréter, thèse après thèse, colloque après colloque, de le déchiffrer d'un air pénétré, pour lui faire dire ce qu'il ne dit pas, ni de le complexifier à outrance, pour continuer à faire semblant de le maîtriser dans un entre-soi élitiste.

Le droit dit ce qu'il dit, et rien d'autre : il faut, pour le comprendre, cesser de vouloir lui faire dire ce qu'il ne dit pas. Il a été voté par nos parlementaires, ou adopté sous leur contrôle, ce n'est pas leur faire offense que reconnaître qu'il n'y a pas besoin de longues études pour percer leur pensée, surtout quand elle s'efforce d'être juridique.

Hammurabi avait tout compris, quand, 1 750 ans avant J.-C., il faisait dresser dans son royaume des obélisques de basalte noir gravés des 282 articles de ses lois, pour que chaque citoyen puisse les connaître, les apprendre, et les respecter. Il voulait rendre la loi accessible, et depuis, grâce à lui, nul n'est censé l'ignorer. Certes, ses 282 articles sont devenus 150 codes de 3 000 pages chacun, ce que Montesquieu ne manquerait pas de déplorer, lui qui affirmait que « les lois inutiles tuent les lois nécessaires » (*De l'esprit des lois*, 1748). En 533, l'empereur Justinien faisait dépouiller 1 500 livres de droit pour les résumer en 50 et publier un Digeste, mais, aujourd'hui, le droit est devenu indigeste. Il faut revenir à l'essentiel avant que la bête n'échappe aux citoyens, à laquelle pourtant elle appartient, avant que l'inflation de textes ne nous étouffe, que la méconnaissance populaire, entretenue par quelques allumés que le militantisme aveugle, ne revendique encore et toujours de nouveaux textes, qui viendront encore un peu plus emmêler l'ensemble, alors que l'essentiel est dit.

Le droit doit évoluer, bien sûr, s'adapter en permanence, mais pas dans l'urgence d'une émotion, d'une réaction épidermique ou d'une posture politicienne : ses principes doivent être réfléchis parce qu'ils s'imposent à tous, parce qu'ils ont des conséquences sur la vie de chacun d'entre nous.

Le droit n'appartient pas aux politiques, il appartient aux citoyens, la justice, dont ils devraient plus se préoccuper, est rendue en leur nom : chacun, en démocratie, aura les dirigeants et les juges qu'il méritera, disait Montesquieu. On s'aperçoit aujourd'hui à quel point il avait raison.

Le droit est une matière ludique, plutôt amusante, son utilisation est stratégique.

Il interdit peu et permet beaucoup.

Il apporte plus de solutions qu'il ne pose de problèmes.

Il n'est pas une source d'inertie, mais le fondement de la liberté.

Il est la fronde qui a permis au petit David de terrasser Goliath, et le travailleur social ou médico-social devrait être celui qui arme la fronde, et non celui qui, comme c'est souvent le cas aujourd'hui, représente Goliath, fait appliquer ses directives et ses protocoles sans une once de réflexion ou de rébellion. Le droit est une arme, l'épée de Zorro, qui permet de défendre la veuve et l'orphelin : encore faut-il le connaître, et savoir l'utiliser, ce qui n'est pas si compliqué qu'il y paraît.

Les travailleurs sociaux ou médico-sociaux, souvent, ne le connaissent pas, ne le comprennent pas, ce qui ne les empêche pas de l'interpréter en permanence. On ne peut pourtant guère interpréter ce que l'on ne connaît pas. Ils déploient une énergie démesurée, se perdent dans des débats sans fin, sans fond, pour régler des problèmes qui n'existent pas, qui ont été inventés, dont l'existence, légendaire, s'est transmise de génération en génération, de bouche d'assistante sociale à oreille d'éducateur, ou l'inverse : on peut ici en guise d'exemples évoquer l'abandon du domicile conjugal (qui n'existe pas et n'a jamais existé en droit français), l'autorisation de soins et d'opérer (qui n'existe pas et bafoue le droits élémentaires des personnes accompagnées, mineures ou majeures, d'accéder aux soins sans entraves) ou le « secret partagé » (qui n'existe pas et provient de la mauvaise compréhension d'un texte censé limiter le partage d'informations).

Ce ne sont que des exemples, il y en a bien d'autres, mais leur existence, sacralisée, est difficile à terrasser.

La loi de Brandolini, ou « principe d'asymétrie des idioties » énonce que « la quantité d'énergie nécessaire pour réfuter une idiotie est supérieure d'un ordre de grandeur (au moins 10) à celle nécessaire pour la produire ». Elle a été formulée le 11 janvier 2013 par Alberto Brandolini, programmeur informatique italien. Ceux qui – sans aucun élément légal, tangible – colportent de fausses informations, faites d'amalgames et de confusions, sont souvent eux-mêmes inconsciemment victimes d'un autre biais cognitif, appelé « biais de confirmation » (ou « biais de confirmation d'hypothèse ») qui consiste à privilégier les informations qui confirment ce que l'on pense, sans considération de leur véracité, et à écarter celles qui accréditent d'autres thèses, d'autres hypothèses (le concept a été développé en 1960 par le psychologue britannique Peter C. Wason).

Le non-respect de la loi n'est pas un problème en soi, bien au contraire, le droit ne doit pas toujours être respecté, mais c'est le connaître et le comprendre qui paradoxalement permet de s'en affranchir, de l'utiliser à bon escient : de nombreuses lois doivent être combattues, elles n'ont pas à être respectées (l'esclavage, l'apartheid, l'holocauste, la colonisation étaient légaux : la légalité est affaire de pouvoir, pas forcément de justice), mais, lorsque certaines dispositions sont bafouées, ou incomprises, c'est le bénéficiaire qui trinque, ce qui est plus embêtant. Ce sont ses droits fondamentaux que le professionnel bafoue ou maltraite, peut-être involontairement, lorsqu'il méconnaît ou déforme le droit à son avantage, interprétant des textes alambiqués pour justifier que des femmes de ménage administrent à leur temps perdu les médicaments (ce qui n'est ni légal ni acceptable, et participe au nivellement par le bas des prises en charge), ou refusant d'entendre que la garde de l'enfant (après un divorce) a disparu depuis plus de 25 ans, que le droit de visite est indicatif, que les deux parents sont à égalité (même après un divorce), que le juge des enfants n'a aucune compétence en exercice de l'autorité parentale (il ne peut ni le restreindre, ni l'aménager) et que ses décisions ne s'imposent pas au JAF (c'est le contraire)...

Les travailleurs sociaux et médico-sociaux ont tendance à se méfier de dangers imaginaires (heureusement, d'ailleurs, qu'ils le sont : les mesures et les procédures qu'ils mettent en place pour s'en protéger – autorisations diverses, signatures et protocoles – ne fonctionneraient pas si elles devaient être actionnées, tant elles sont bricolées, sur le fond, et dans la forme). Ils méconnaissent par contre dangereusement le cadre légal de leur responsabilité (qui, dans cet ouvrage, est clairement et largement expliqué), et cela les conduit parfois à adopter des comportements, des fonctionnements liberticides : interdire pour ne pas prendre de risques (interdiction de sortir, interdiction d'avoir des relations sexuelles, interdiction de prendre soi-même ses médicaments, etc.).

Cet ouvrage – écrit en français et non en droit, qui peut parfois, c'est vrai, avoir les allures d'une langue étrangère – est construit sous forme de fiches très simples à lire, illustrées et étayées de références légales, législatives ou réglementaires.

Il détaille les droits dits « des usagers », sacralisés par la loi du 2 janvier 2002, dont il peut être utile d'avoir une lecture critique, en rappelant que

l'usager est avant tout un citoyen, qui conserve et peut librement exercer ses droits fondamentaux, qu'il soit hébergé, encadré, accompagné, que sa santé soit altérée, ou son consentement peu éclairé.

Il rappelle que la vie privée de chacun doit être respectée, et que ce respect est un préalable à toute action, organisation ou protocolisation ou procédurisation.

Il développe les notions de vulnérabilité et d'autorité parentale avant de présenter le système français de protection de l'enfance et les mécanismes dits « de signalement ». Il détaille la différence entre une information préoccupante et un signalement, en expliquant comment les rédiger.

Il consacre une large place au handicap et aux droits – à la reconnaissance du handicap et à sa compensation, à la mobilité, à l'éducation – des personnes handicapées : Sandrine Laran, éducatrice thérapeutique, formatrice, présidente de l'association toulousaine AmisPlégiques et vice-présidente d'une CDAPH, a assumé la rédaction de cette partie.

Il détaille le mandat de protection future, l'habilitation familiale et les soins psychiatriques sans consentement, qui ont remplacé l'hospitalisation d'office et l'hospitalisation à la demande d'un tiers.

Il explique la différence entre obligation alimentaire et solidarité financière, et donne des outils concrets pour se protéger des huissiers et des sociétés de recouvrement.

Il fait le point sur la réforme en cours du droit pénal des mineurs, et rappelle qu'un mineur est pénalement responsable de ses actes dès sa naissance (plus de 3 500 mineurs passent chaque année en France par la case « prison »). Il s'intéresse aux outils juridiques qui permettent de lutter efficacement contre les violences intrafamiliales pour que les acteurs sociaux et médico-sociaux puissent enfin s'en emparer. Il donne aux professionnels de l'enfance, de la petite enfance et de la dépendance, de la famille, de la jeunesse et du handicap, des outils pratiques pour leur permettre d'inscrire leurs actions dans cette bienveillance actuellement très en vogue : l'affirmation de son existence cache de plus en plus difficilement un secteur où les droits fondamentaux sont de moins en moins respectés...

Il est une trousse à outils, dont le travailleur social ou médico-social doit absolument apprendre à se servir pour que soient respectés les droits fondamentaux des personnes qu'il encadre ou accompagne, pour qu'il puisse les protéger, ou participer à leur protection, et leur transmettre des outils qu'eux-mêmes apprendront – le plus tôt possible – à utiliser...

1

LES DROITS DITS « DES USAGERS »

LA LOI DU 2 JANVIER 2002 a pour objectif affiché d’accompagner les 32 000 établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) recensés dans une recherche permanente d’amélioration de la qualité des services qu’ils proposent : conçue pour interroger les pratiques, pour permettre à chaque professionnel, à chaque structure, de se remettre en question, elle est trop souvent considérée comme une fin en soi. On se soucie peu de respecter la loi (en général), on se contente souvent de respecter celle-ci, et de la respecter à la lettre, jusqu’à la caricature.

Les outils qu’elle crée sont rarement considérés comme des outils, mais plutôt comme des finalités : peu importe que le conseil de vie sociale ne serve à rien, le principal est qu’il existe, et qu’il se réunisse le moins possible ; peu importe que le livret d’accueil soit illisible, le principal est qu’il soit distribué, que l’évaluateur le constate et qu’il en soit satisfait.

La qualité des prises en charge dans les ESSMS ne cesse de diminuer, et les dispositions contenues dans cette loi sont trop vagues et subjectives pour être efficaces : aucune sanction n’est d’ailleurs prévue pour ceux qui

s'en affranchissent, aucune évaluation n'a jamais entraîné de fermeture, et l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM) qui a succédé en 2007 au Conseil national de l'évaluation sociale et médico-sociale (qui n'a pas marqué les esprits), confirme qu'aucune évaluation externe n'a jamais été négative (au prix où l'évaluation est facturée, le client est roi).

L'ANESM, d'ailleurs, a disparu : elle a rejoint la Haute Autorité de santé (HAS) le 1^{er} avril 2018, sans avoir eu le temps de prouver son utilité, si ce n'est en publiant des recommandations de bonnes pratiques, souvent très discutables sur un plan juridique (il était fortement conseillé de ne tenir aucun compte des informations et conseils juridiques que donnait l'ANESM).

Les structures qui ont vu baisser leurs financements, disparaître leurs subventions, qui ont parfois dû fermer, réduire drastiquement leur activité et leur personnel, parfois au profit de concurrents moins chers, d'associations nationales qui, à tout prix et à bas prix, veulent récupérer des marchés, avaient donc toutes une évaluation externe positive, comme celles – EHPAD, MECS ou CDEF – qui ont récemment défrayé la chronique après être passées à la télévision...

Stanislas Tomkiewicz et Pascal Vivet ont défini la maltraitance institutionnelle comme « toute action commise dans et par une institution, ou toute absence d'action, qui cause à l'enfant une souffrance physique ou psychologique inutile et/ou qui entrave son évolution ultérieure »¹. Étymologiquement, et de manière plus générale, on peut la considérer comme un abus de force à l'encontre des personnes vulnérables, commis dans et par le système d'accueil et d'accompagnement. Les équipes ont souvent tendance à se taire, sans pour autant les cautionner, ce qui peut leur causer une grande souffrance, mais « la neutralité aide l'oppressé, jamais la victime ; le silence encourage celui qui tourmente, jamais celui qui est tourmenté » (Elie Wiesel, in *Discours de remise du prix Nobel de la Paix*, Oslo, 10 décembre 1986).

Le troisième engagement de la stratégie nationale de prévention et de protection de l'enfance (2020-2022) présentée par Adrien Taquet,

1. Tomkiewicz, T., Vivet, P. et al., *Aimer mal, châtier bien. Enquêtes sur les violences dans des institutions pour enfants et adolescents*, Seuil, 1991.

secrétaire d'État de la ministre des Solidarités et de la Santé, prévoit – encore... – de « *donner aux enfants les moyens d'agir et garantir leurs droits* », ce qui était aussi le but de la loi du 2 janvier 2002, qui semble avoir échoué.

Il serait sûrement préférable, pour garantir le respect des droits des enfants placés, de rappeler à ceux qui les encadrent qu'ils ont le droit de se faire soigner sans l'accord de quiconque, de voir protégée leur vie privée (et respecté le secret professionnel qui les concerne, surtout quand il est médical), d'avoir une vie affective et des relations sexuelles, d'accéder – sans entraves ni rendez-vous – à leur dossier et à toutes les informations qui les concernent, d'avoir des relations avec leurs parents tant que ceux-ci exercent l'autorité parentale, avec leurs frères, sœurs, oncles, tantes et grands-parents (etc.), de sortir de l'établissement sans l'accord d'un juge pour passer un moment chez un copain ou aller faire un tour en vélo, de rentrer seul du collège, de faire, en club, du foot ou du hand sans l'accord de l'ASE, etc.¹

C'est par la connaissance de la loi et le respect des dispositions légales qu'il est possible de faire respecter les droits de chacun, pas par l'adoption d'une loi supplémentaire, ou par l'édition d'une nouvelle Charte, sans aucune portée juridique, qui viendra s'ajouter aux autres...

Les « responsables qualité » recrutés pour faciliter la mise en œuvre de la loi du 2 janvier 2002 cherchent plutôt des solutions pour gérer la pénurie et rendre légale l'administration des médicaments par des professionnels sans formation que des solutions pour financer un poste d'infirmière ou des vacances de médecin, et la plupart des protocoles imaginés bafouent les droits les plus élémentaires des usagers (qui existaient bien avant 2002).

La loi 2002-2 du 2 janvier 2002 permet, par le processus d'évaluation interne et externe, de légitimer toutes les pratiques, même les plus contestables : « puisque l'évaluation ne remet pas en cause mes pratiques, j'en déduis qu'elles sont correctes, conformes à la loi, je cesse donc de m'interroger à leur sujet ». Or, peu importe à l'évaluateur que la loi (en général) ne soit pas respectée, d'autant plus qu'il la

1. *La protection de l'enfance*, de Pierre-Brice Lebrun, Grégory Derville et Guillemette Rabin, coll. Aide-mémoire, Dunod, février 2020.

connaît rarement : si la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 l'est, il rendra un rapport favorable, puisqu'il ne connaît qu'elle.

La loi 2002-2 du 2 janvier 2002 – dont il faut néanmoins, malheureusement, connaître le contenu – est construite autour de **cinq orientations principales**.

Elle reconnaît à l'usager **sept droits fondamentaux** et conseille la mise en œuvre de sept outils censés faciliter et encourager l'exercice de ces droits pour placer l'usager « au cœur du dispositif ».

Elle soumet tous les établissements à une **double obligation d'évaluation** (auto-évaluation interne tous les cinq ans, évaluation externe tous les sept ans).

Le simple fait, d'ailleurs, d'appeler « usager » le bénéficiaire est réellement problématique.

Un usager est avant tout citoyen, et principal financeur de l'action sociale, par l'intermédiaire de son travail et de l'impôt.

Cette loi discriminante prive en fait le citoyen-bénéficiaire de la plupart de ses droits, légalement limités par le règlement de fonctionnement, au motif qu'il n'est dans l'établissement qu'un usager qui doit accepter les directives de ceux qui rédigent – pour son bien et dans son intérêt – son projet personnalisé.

Les cinq orientations principales _____

- Affirmer les droits fondamentaux (mais subjectifs) des bénéficiaires (appelés usagers) et les promouvoir par la création d'outils (CASF, art. L. 311-3).
- Élargir les missions des établissements et modes d'accueil et diversifier leurs interventions pour mieux les adapter à la diversité des besoins (CASF, art. L. 311-1).
- Améliorer le pilotage du dispositif par la planification, la programmation, la mise en place de schémas d'organisation sociale et médico-sociale pluriannuels (5 ans) au niveau départemental, régional et national, et instaurer un système unique de réelle coordination entre les différents acteurs.

- Rénover le statut des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS).
- Soumettre tous les établissements à une double obligation d'évaluation.

Des missions et des institutions

La loi 2002-2 du 2 janvier 2002 rappelle que « *l'action sociale et médico-sociale* » exerce des « *missions d'intérêt général et d'utilité sociale* » qu'elle cite (CASF, art. L. 311-1) :

- évaluation et prévention des risques sociaux et médico-sociaux, information, investigation, conseil, orientation, formation, médiation et réparation ;
- protection administrative ou judiciaire de l'enfance et de la famille, de la jeunesse, des personnes handicapées, des personnes âgées ou en difficulté ;
- actions éducatives, médico-éducatives, médicales, thérapeutiques, pédagogiques et des formations adaptées aux besoins de la personne, à son niveau de développement, à ses potentialités, à l'évolution de son état ainsi qu'à son âge ;
- actions d'intégration scolaire, d'adaptation, de réadaptation, d'insertion, de réinsertion sociale et professionnelle, d'aide à la vie active, d'information et de conseil sur les aides techniques ainsi que d'aide au travail ;
- actions d'assistance dans les divers actes de la vie, de soutien, de soins et d'accompagnement, y compris à titre palliatif ;
- actions contribuant au développement social et culturel, et à l'insertion par l'activité économique.

Ces missions sont « *accomplies par des personnes physiques ou des institutions sociales et médico-sociales* » (CASF, art. L. 311-1), c'est-à-dire « *des institutions sociales et médico-sociales [...] gestionnaires d'une manière permanente d'établissements et services sociaux et médico-sociaux* » qui répondent à un certain nombre de critères, détaillés dans

le même article : toute structure qui mène une de ces missions est donc considérée comme un ESSMS.

Pour plus de lisibilité, les ESSMS sont énumérés à l'article L. 312-1 du CASF.

La loi 2002-2 du 2 janvier 2002 a complété la liste des établissements sociaux et médico-sociaux (ESSMS), qui ne cesse de s'allonger. Elle introduit de nouvelles catégories (centres de ressources, équipes mobiles, structures d'accueil pour handicapés vieillissants, services d'aide à domicile, centres d'addictologie, appartements de coordination thérapeutique, lieux de vie et d'accueil non traditionnels, etc.). Elle entérine la diversification des modes de prise en charge (permanents, temporaires ou séquentiels, avec ou sans hébergement, à temps complet ou partiel, en internat, accueil familial, domicile, milieu ouvert, etc.).

Les sept droits fondamentaux de l'utilisateur _____

- Droit au respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité.
- Droit au libre choix entre les prestations adaptées qui lui sont offertes dans le cadre d'un service à domicile ou d'une admission au sein d'un établissement spécialisé.
- Droit à une prise en charge et à un accompagnement individualisé et de qualité, adaptés à son âge et à ses besoins, favorisant son développement, son autonomie et son insertion, et respectant son consentement éclairé, qui doit systématiquement être recherché.
- Droit à la confidentialité des informations le concernant.
- Droit d'accès à toute information le concernant ou concernant sa prise en charge.
- Droit à une information adaptée sur ses droits fondamentaux et sur les voies de recours.
- Droit de participer directement à l'élaboration et la modification de son projet d'accueil et d'accompagnement.

Les sept outils préconisés

- Le livret d'accueil (CASF, art. L. 311-4), qui doit comporter la charte des droits et libertés des personnes accueillies, et le règlement de fonctionnement ; le reste est laissé à l'appréciation de la structure (circulaire 138 DGAS du 24 mars 2004) ;
- La charte des droits et libertés de la personne accueillie (arrêté du 8 septembre 2003, inspirée de la charte de la personne hospitalisée annexée à la circulaire 95-22 du 6 mai 1995, relative aux droits des patients hospitalisés) ;
- Le contrat de séjour ou le document individuel de prise en charge (décret 2004-1274 du 26 novembre 2004) : le document individuel de prise en charge (DIP) remplace le contrat de séjour lorsque le bénéficiaire n'est pas en capacité de le signer ;
- Le règlement de fonctionnement de l'établissement ou du service (CASF, art. L. 311-7, décret 2003-1095 du 14 novembre 2003) ;
- Le conseil de vie sociale, ou une autre forme de participation (CASF, art. L. 311-6, décret 2004-287 du 25 mars 2004) ;
- Le projet d'établissement ou de service (CASF, art. L. 311-8) ;
- Le recours possible à une « *personne qualifiée* » pour intervenir dans tout contentieux entre le bénéficiaire et l'établissement (CASF, art. L. 311-5, décret 2003-1094 du 21 novembre 2003).

La charte des droits et libertés de la personne accueillie

Elle proclame que « *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* » (art. 1).

Elle rappelle que l'usager a droit :

- à une prise en charge ou à un accompagnement adapté (il doit se voir proposer une prise en charge ou un accompagnement individualisé et le plus adapté possible à ses besoins) ;
- à une information claire, compréhensible et adaptée sur la prise en charge et l'accompagnement (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) ;
- de **d'accéder sans entraves aux informations le concernant** dans les conditions prévues par la loi ou la réglementation ;
- au 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 ;
- de **donner son consentement éclairé** et d'être informé 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 ;
- de participer directement, ou avec l'aide de son représentant légal (ce qui ne signifie pas que son représentant légal signe « à sa place »), à la conception et à la mise en œuvre de son projet d'accueil et d'accompagnement (ce qui est tout de même la moindre des choses) ;
- d'être accompagné de la personne de son choix lors des démarches nécessitées par la prise en charge ou l'accompagnement (de son choix : ce n'est pas forcément le tuteur ou les parents) ;
- de renoncer à tout moment par écrit aux prestations dont il bénéficie ou en demander le changement (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) ;
- 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 : l'ASE doit donc respecter les principes de l'autorité parentale et de son exercice et non, par commodité, se substituer aux parents) ;
- au **respect de la confidentialité des informations** le concernant ;
- à la protection, à la sécurité, y compris sanitaire et alimentaire, à la santé et aux soins, à un suivi médical adapté ;

- à l'**autonomie et à la libre circulation** (dans les limites définies dans le cadre de sa prise en charge ou de son accompagnement et sous réserve des décisions de justice), ses relations avec la société sont favorisées (possibilité de conserver des biens, effets et objets personnels, de disposer de son patrimoine et de ses revenus) ;
- au **respect de ses pratiques religieuses ou confessionnelles et convictions** (dans le respect de la liberté d'autrui et sous réserve que son exercice ne trouble pas le fonctionnement normal des établissements et services : cette remarque permet par exemple à une direction – c'est une histoire vraie – d'interdire la pratique du ramadan, sous le prétexte de l'horaire d'ouverture des cuisines) ;
- à l'exercice des droits civiques ;
- au respect de la dignité de la personne et de son intimité.

Une charte – comme une circulaire – n'a aucun pouvoir normatif. Elle ne peut rien imposer. Elle suggère, préconise, ou rappelle l'importance de droits reconnus par la loi. Elle peut se comparer à un code de déontologie, forcément subjectif, qui relève plus de la philosophie que du droit, et toute charte a un caractère utopique...

La double obligation d'évaluation

La loi 2002-2 du 2 janvier 2002 impose tous les cinq ans une **évaluation interne** (dont doit découler une démarche continue d'amélioration de la qualité) et, tous les sept ans, aux frais de la structure, une **évaluation externe** (décret 2007-975 du 15 mai 2007) confiée à un organisme « agréé ». Le contenu de cette évaluation est déterminé par un cahier des charges, qui apparaît en annexe du décret, et qui a été profondément modifié par le décret 2018-467 du 11 juin 2018 relatif à l'intégration de l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM) au sein de la Haute Autorité de santé (HAS).

Le cahier des charges « *fixe les principes déontologiques, les objectifs, l'organisation et la mise en œuvre de l'évaluation effectuée par des organismes habilités [...], ainsi que la présentation et le contenu des résultats qui en sont issus [...]* » (CASF, art. D312-198).

2

LE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

CHACUN A DROIT au respect de sa vie privée (code civil, art. 9), et dispose de **trois outils juridiques** pour faire respecter ce droit : **l'action civile, l'action pénale et l'action disciplinaire.**

Le droit au respect de la vie privée est composé de **trois attributs** : le **droit à l'image**, le **droit à la confidentialité** des informations personnelles et le **droit au respect des choix personnels.**

Il a été créé par la loi du 17 juillet 1970 tenant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens : c'est donc une notion assez récente. Le 18 janvier 1995, le Conseil constitutionnel lui a attribué la valeur d'un **droit constitutionnel**, sur le fondement de la liberté personnelle garantie par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il est l'un des six droits naturels et inaliénables reconnus à tout citoyen sur le sol français. Il apparaît dans la Convention européenne des droits de l'homme (art. 8), dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 7), et dans la Convention relative aux droits de l'enfant (article 16).

Il existe six droits naturels, fondamentaux et inaliénables reconnus à tout citoyen sur le sol français, inhérents à la personne humaine : le droit à l'égalité (des sexes, devant la loi, l'emploi, l'impôt, la justice, l'accès à la culture et aux services publics, etc.), à la liberté (d'opinion, d'aller et venir, d'expression, de culte, etc.), à la propriété (liberté de disposer de ses biens, d'entreprendre, etc.), à la sûreté (interdiction de tout arbitraire, présomption d'innocence, droits de la défense, protection de la liberté individuelle, mais aussi sécurité alimentaire, médicamenteuse, nationale, etc.) et résistance à l'oppression. Selon la Déclaration de 1789, l'exercice de ces droits et libertés fondamentaux n'a pour limites « *que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits* » (art. 4).

L'action civile

L'action civile permet de saisir la justice civile pour obtenir réparation du dommage subi : elle engage la responsabilité civile de l'auteur (personne physique ou morale) et s'exerce contre quiconque (voisin, collègue, professionnel, employeur, etc.), astreint ou non au secret professionnel.

La réparation est forcément pécuniaire : elle est attribuée au titre de l'article 1240 du code civil, base de la responsabilité civile, en fonction du préjudice subi (voir le chapitre 20 sur la responsabilité civile)

L'action pénale

L'action pénale ne peut s'exercer en l'espèce – par le dépôt d'une plainte – qu'à l'encontre d'une personne astreinte au secret professionnel (voir le chapitre 4) : elle a commis un délit en révélant « *une information à caractère secret* » (code pénal, art. 226-13) et encourt en conséquence une peine correctionnelle de « *un an de prison et 15 000 euros d'amende* ».

La plainte peut être assortie d'une constitution de partie civile, qui permet à la victime de voir son préjudice réparé : la plainte engage la responsabilité pénale de l'auteur, la constitution de partie civile, sa responsabilité civile (dans la même procédure, devant le même tribunal).

L'action disciplinaire

L'action disciplinaire ne peut être exercée que par l'autorité dont dépend celui qui est mis en cause pour n'avoir pas respecté la vie privée : celui qui estime subir un dommage demande – par exemple – à l'employeur (l'autorité du salarié), d'engager la responsabilité disciplinaire de l'agent qui n'a pas respecté sa vie privée, pour qu'il soit sanctionné.

L'employeur est libre de cautionner les dérives de l'équipe qu'il dirige ou de les sanctionner.

Il est également libre de choisir la sanction, qui va du simple avertissement au licenciement (dans la fonction publique, la procédure, qui prévoit une échelle de sanctions, laisse moins de place à l'arbitraire).

Encore faut-il – pour que l'employeur du secteur privé puisse sanctionner son salarié – qu'il appuie cette sanction sur une base légale : elle ne peut être que contractuelle, c'est-à-dire mentionnée dans le contrat de travail de l'agent.

Le contrat de travail peut comprendre des clauses de discrétion ou de confidentialité.

La confidentialité n'existe pas dans la loi, et « l'obligation de discrétion » n'est légalement imposée qu'aux fonctionnaires : il n'existe aucune profession astreinte à la confidentialité ou à la discrétion, qui ne peuvent être imposées aux salariés du privé que par le biais d'une clause contractuelle, c'est-à-dire incluse dans leur contrat de travail (discrétion et confidentialité sont synonymes).

La clause sera la base légale de la sanction qui, à défaut de base légale, pourra être contestée, par exemple devant le Conseil des prud'hommes, ou la juridiction administrative pour les fonctionnaires.

3

LE DROIT À L'IMAGE

L E DROIT À L'IMAGE est d'**origine jurisprudentielle** : aucun article de code, aucune loi ne le définit.

Il s'est construit, développé et précisé petit à petit, grâce aux nombreux jugements qui – sur la base de l'article 9 du code civil – ont fait jurisprudence.

L'**action en réparation** s'exerce devant la **juridiction civile** : elle ne peut être intentée que si la diffusion de la photo ou du film (projection, publication, affichage, etc.) a causé un dommage (moral, matériel, etc.) qui devra être démontré au tribunal (sans dommage, pas de réparation).

On ne dépose donc pas plainte : on saisit la juridiction compétente.

L'action est dirigée contre l'éditeur de la photo, pas contre le photographe (le maire et le président d'une association sont éditeurs de fait de toute publication, même artisanale, effectuée dans le cadre des activités de la commune ou de l'association : afficher une photo au mur, c'est l'éditer).

Le tribunal de grande instance de Paris a par exemple affirmé que « *toute personne peut interdire la reproduction de ses traits* » (14 mai 1975), et la Cour de cassation, que « *chaque personne dispose d'un droit exclusif sur son image et peut de manière discrétionnaire en autoriser la reproduction* » (2^e chambre civile, 17 mars 1977).

La 17^e chambre du tribunal judiciaire de Paris est spécialisée dans les affaires de presse (c'est à Paris que se trouve le siège social des plus importants journaux ou magazines).

Le droit à l'image ne doit pas être confondu avec le droit *de* l'image, qui protège la propriété intellectuelle de l'auteur du cliché (le petit signe © qui apparaît auprès des photos publiées indique qui en possède les droits de reproduction).

La loi 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a créé, au 1^{er} janvier 2020, le **tribunal judiciaire** (TJ), résultat de la fusion du **tribunal d'instance** (TI) et du **tribunal de grande instance** (TGI). Le tribunal d'instance devient une simple antenne de proximité de l'ancien tribunal de grande instance, les deux formant le tribunal judiciaire. Le juge d'instance devient le **juge des contentieux de la protection**. Il exerce aussi les fonctions de juge des tutelles. Les procédures n'ont pas été modifiées (et le nom « tribunal de grande instance » subsistera probablement pour désigner le bâtiment qui abrite les différentes juridictions civiles et pénales – dont le tribunal pour enfants et le tribunal correctionnel).

L'action en réparation

L'action en réparation est une voie civile qui s'exerce contre l'éditeur de la photo incriminée (rappelons que l'afficher au mur d'une salle d'activité, c'est éditer).

Elle s'exerce devant le **tribunal judiciaire** (demande supérieure à 10 000 euros) ou son **antenne de proximité** (demande inférieure ou égale à 10 000 euros).

Elle est simplifiée pour les demandes inférieures à 5 000 euros.

L'avocat n'est exigé que pour les demandes supérieures à 10 000 euros.

L'atteinte à la vie privée _____

L'atteinte à la vie privée peut également se retrouver devant les **juridictions pénales**, par exemple lorsque « *l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé* » est fixée, enregistrée ou transmise, sans son consentement : le cliché porte alors atteinte à sa vie privée (code pénal, art. 226-1).

C'est alors le photographe qui engage sa responsabilité, pas l'éditeur.

Les « *paroles prononcées à titre privé ou confidentiel* » relèvent du même cadre et du même article.

L'autorisation « de prise de vue » _____

L'autorisation, signée par le ou les parent(s), de photographier leur enfant (appelée souvent « autorisation de prise de vue »), est inutile : prendre une photo n'est jamais interdit, à condition de ne pas l'éditer, qu'elle que soit la confidentialité du support ou de l'exposition.

L'autorisation de prendre l'enfant en photo n'autorise en aucun cas à éditer la photo.

Il est donc nécessaire (en tout cas, prudent) d'obtenir l'autorisation des deux parents s'ils exercent l'autorité parentale pour publier ou exposer (c'est-à-dire éditer) une photo d'enfant (ou du tuteur pour un majeur en tutelle), ce qui n'empêche pas d'obtenir d'abord, c'est la moindre des choses, l'accord de l'enfant, ou du majeur en tutelle (le majeur en curatelle ou en sauvegarde peut l'autoriser lui-même).

L'exercice du « droit à l'image » est un « *acte usuel de l'autorité parentale* », il ne nécessite donc qu'une seule signature (code civil, art. 372-2). Il est néanmoins conseillé d'obtenir l'autorisation des deux parents : l'accord de l'un n'empêchera l'autre de demander réparation d'un éventuel dommage (papa et maman n'ont pas toujours le même humour...).

L'autorisation n'est – en théorie – valable que pour un seul support, et pour une seule photo : les parents peuvent accepter avec joie que la

photo de leur fils soit publiée dans le journal interne du foyer, mais refuser qu'elle soit reproduite dans le journal de l'association, dans la presse locale ou sur le blog de l'éducateur. Les parents peuvent également accepter, avec joie et fierté, que cette jolie photo de leur fils soit publiée dans le journal du foyer, mais refuser que cette autre photo le soit, sans avoir à se justifier. Il peut donc être utile de faire signer les parents au dos de la photo (ou de sa photocopie) dont ils acceptent la publication (date, signature).

Il est ici important de retenir que, **plus une autorisation est générale, moins elle a de valeur** : quand j'autorise tout, je n'autorise rien.

Il peut aussi être utile de faire signer aux parents une autorisation valable pour l'année scolaire et pour un seul support (panneau d'exposition, journal interne à la structure, etc.), en n'oubliant jamais de faire signer une nouvelle autorisation en cas de parution dans un autre support (blog, expo, etc.).

On peut même se passer d'autorisation lorsque la photo ne quitte pas la structure, si la possibilité que des photos soient prises et affichées est mentionnée dans le règlement intérieur ou le contrat de séjour, signé par le bénéficiaire, son représentant légal ou ses représentants légaux (et paraphé sur chaque page, comme chez le notaire).

L'Éducation nationale conseille par exemple que la prise de vue d'élèves soit « *précédée d'une demande d'autorisation aux parents ou tuteur qui précise le cadre dans lequel l'image de leur enfant sera utilisée (lieu, durée, modalité de présentation, de diffusion, support)* » (fiche Legamedia, janvier 2008).

Il n'est pas raisonnable de croire qu'à partir de sept personnes présentes sur la même photo, les poursuites ne sont plus possibles : aucune ne doit être reconnaissable, à moins que la photo, prise dans un lieu public, rende compte d'un événement public clairement identifiable, et qu'elle ne cause aucun préjudice (par exemple la photo légendée « les manifestants fuient devant la police » avec, en gros plan, un promeneur qui fuit devant les manifestants, qui n'a pas apprécié d'être ainsi exposé).

Un lieu public est, selon la Cour de cassation, « *un lieu accessible à tous sans autorisation spéciale de quiconque, que l'accès en soit permanent ou subordonné à certaines conditions, heures ou causes déterminées* » (chambre criminelle, 29 juin 1988).

Il existe une certaine tolérance des tribunaux pour les photos d'information et pour l'expression artistique.

4

LE SECRET PROFESSIONNEL

MIDAS, ROI DE PHRYGIE au VIII^e siècle avant J.-C., est sollicité par Pan et Apollon pour déterminer lequel des deux joue le mieux de la flûte ou de la lyre. Il trouve que Pan est meilleur musicien qu'Apollon, et Apollon, mauvais joueur, change les oreilles de Midas en oreilles d'âne. Celui-ci les cache sous le bonnet phrygien, mais son barbier les découvre, et Midas lui fait jurer de ne jamais le répéter. Le secret pèse tellement lourd sur les épaules de ce pauvre barbier qu'il finit par creuser un trou dans la terre auquel il le murmure, pour se soulager (aujourd'hui, on appelle cela la supervision), mais les roseaux qui poussent un peu plus tard au même endroit révèlent le secret du roi quand la brise les agite. C'est l'origine mythologique du secret professionnel, né quelques siècles plus tard, sur l'impulsion d'Hippocrate (460 à 370 av. J.-C.), le plus ancien médecin grec sur lequel les historiens disposent de sources fiables, dont le serment affirme déjà : « *Quoi que je voie ou entende dans la société pendant, ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas.* » L'Ordre des médecins français l'a traduit en 1996 : « *Admis dans l'intimité des personnes, je tairai les secrets qui me*