

Le dépistage des personnes vulnérables en établissements medico-sociaux dans un contexte de déconfinement. Quel consentement ?

Une des stratégies pour limiter la propagation du Covid 19 et permettre la régression de la pandémie est la pratique des dépistages des personnes, afin de pouvoir les isoler et éviter qu'elles ne contaminent d'autres personnes. En particulier dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) il a été préconisé de faire des dépistages, afin d'organiser les établissements de la manière la plus sécurisée possible. Ces dépistages ont pu être proposés de manière systématique, en particulier en cas de contamination d'un résident, ou d'un professionnel. On a pu constater ainsi la réalisation de prélèvements chez des résidents, sans qu'un consentement ait été demandé ou obtenu, parfois malgré l'opposition du résident. Ne pas tenir compte de ce consentement signifie ne pas lui laisser d'autodétermination, et limiter encore davantage sa liberté. Certes cette autonomie peut être limitée en particulier chez une personne ayant des troubles cognitifs, mais celle-ci peut souvent encore exprimer son accord ou son refus par son attitude, et être reconnue comme telle par les professionnels. Faut-il alors la forcer à un prélèvement, même si elle ne peut comprendre les tenants et aboutissants ?

Cela interroge les pratiques, est-il possible de faire un prélèvement sans consentement chez un résident dans l'objectif de protéger le plus grand nombre ? Peut-on le faire chez un professionnel ?

A. Le consentement

Le consentement est un concept essentiel dans la loi sur les droits des malades et du système de santé de 2002. Aucun acte ne peut être réalisé sans le consentement de la personne, la raison essentielle est d'assurer sa protection. « La situation d'exposition et de non-maîtrise dans laquelle se trouve le sujet du fait de sa nature corporelle se trouve réintégrée sous l'abri de son consentement : nul ne peut disposer de cette exposition sans que lui, sujet, ne l'ait voulu. »¹ Le consentement a pour objet de réduire la dissymétrie entre les deux partenaires de la relation soignante.

¹ X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur. Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982, § 936, p. 639.

² P. Rosanvallon, *Le consentement à l'acte médical*, Paris, Seuil, 2002, p. 187.

³ *Id.*, p. 187.

⁴ *Ibid.*, p. 188.

⁵ S. Prieur. *La disposition par l'individu de son corps*. Bordeaux. Les Etudes Hospitalières. Coll Thèses. 1999. 8

Ce consentement doit être « libre et éclairé », cela oblige de plus le soignant à donner une information claire et précise, à répondre à toutes les questions que la personne peut poser et se poser. Elle doit pouvoir consentir en toute connaissance de cause.

Ce consentement a pour objet de rétablir les droits du patient, malgré sa situation de vulnérabilité, vis-à-vis d'un soignant qui est en situation d'autorité. Il a une valeur essentielle pour permettre à la personne d'accéder à l'information dont elle a besoin pour comprendre la situation dans laquelle elle est, et les possibilités qui lui sont proposées. Il lui permet d'exprimer son assentiment, de prendre part en tant que sujet au processus de soin dont il est l'objet. Le consentement est aussi un espace où elle a la possibilité de refuser, de dire non, aussi d'être reconnue dans ce refus. Le consentement a une importance réelle.

La question qui se pose cependant est de savoir ce qu'est ce consentement, quelles sont ses limites, s'il peut réellement être libre, s'il peut être éclairé, comment la personne peut se positionner vis-à-vis de ce consentement. Est-ce que la personne peut vraiment entendre les informations et explications ? Sinon comment affirmer que le consentement est éclairé ?

Si nous reprenons ce concept de consentement, on constate en tout premier lieu qu'il s'agit le plus souvent d'un acte passif, d'un consentement par défaut. P. Rosanvallon dans un contexte politique, qualifie le consentement surtout par l'absence d'opposition : « La notion de consentement est importante dans cette mesure : elle fournit le critère qui fait la différence pratique entre tyrannie et service du bien commun. [...] Ce ne peut être que négativement : le consentement du peuple n'est apprécié que par son absence d'opposition. »² L'acceptation reflétée par l'acte de consentir, se réalise sur un mode faible, avec une absence de réaction : « Le retrait, l'abstention ou le silence sont bien à cet égard des formes d'expression politique. [...] L'absence de réaction à une mesure est ainsi normalement considérée comme un signe de son acceptation. Le fameux adage "qui ne dit mot consent" en résume bien le caractère d'évidence sociale. »³

Un consentement par défaut peut s'expliquer par une indifférence, de l'absence d'enjeux, d'un désintérêt. Mais également par « la difficulté de formuler une critique envers ceux qui ont pris une décision. [...] Le sentiment de ne pas pouvoir argumenter avec eux à armes égales, ou du moins que leurs arguments risquent d'être perçus comme trop courts par le tribunal de l'opinion. La vie politique ordinaire est faite d'une succession de ces situations

² P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 130.

³ *Id.*, p. 187.

de consentement négatif. »⁴ Ne peut-on pas dire cela également de la relation soignante ? Ce consentement a-t-il un sens lorsque le résident ne se sent pas capable d'argumenter, a des difficultés à saisir les tenants et les aboutissants de la situation concrète, et surtout est dans une situation de vulnérabilité ? On se retrouve alors dans une situation où le médecin décide de la conduite à tenir. Le médecin décide, mais du fait du consentement, ou de la non opposition du patient, ses droits sont respectés. « Ce formalisme dans le consentement et la fourniture d'informations est-il conforme à l'exigence de sauvegarde de la dignité du disposant ? Réalise-t-on, par ce conditionnement formaliste de la disposition juridique, l'objectif de dignité ? »⁵ Pour cette raison le législateur prévoit un consentement éclairé. « Cependant, pour que la dignité soit pleinement réalisée, ce seul formalisme ne suffit pas. Encore faut-il à notre sens que le disposant donne un consentement non seulement éclairé, mais *bien éclairé*. L'excès d'informations incompréhensibles pourrait décourager le disposant à faire l'effort de compréhension nécessaire, pour un assentiment *véritablement éclairé*. Aussi le formalisme ne trouvera-t-il véritablement grâce auprès de la dignité humaine, et ne respectera-t-il le disposant en sa dignité d'homme, que s'il est *complété* oralement par la dispense de renseignements adaptés à la faculté de compréhension de l'individu. »⁶

Ce consentement doit être éclairé. La personne peut-elle entendre, comprendre, savoir, connaître tout ce que le soignant lui donne comme information ? Une telle transmission cognitive est-elle possible ? Donner une information compréhensible par la personne est parfois difficile. Louis René, dans son code de déontologie médicale explicite cet éclairage : « *Inform*er le patient, avec toute la clarté nécessaire »⁷ et « si on parle, à juste titre, de "consentement éclairé", c'est à la façon du siècle des Lumières ; n'appliquait-on pas alors le terme d'éclairé aux philosophes encyclopédistes ? »⁸ Cette lumière, différente d'une illumination divine, représentait de manière métaphorique les connaissances acquises par l'expérience et par l'enseignement. L'homme éclairé est alors opposé à celui qui est resté dans les ténèbres, ou comme dans l'allégorie de la caverne chez Platon, il peut même être aveuglé par la lumière.

Et quelle est cette connaissance éclairée ? Quel savoir est celui dont nous pouvons être sûr qu'il soit acquis ? « Il est certain que nous ne prendrons jamais le faux pour le vrai tant

⁴ *Ibid.*, p. 188.

⁵ S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, Coll Thèses, 1999, § 409, p. 282.

⁶ *Id.*, § 409, p. 282-283.

⁷ L. René, *Code de déontologie médicale*, Paris, Seuil, 1996, p. 105.

⁸ *Id.*, p. 111.

que nous ne jugerons que de ce que nous apercevons clairement et distinctement. (...) Et quand même cette vérité n'aurait pas été démontrée, nous sommes naturellement si enclins à donner notre consentement aux choses que nous apercevons manifestement, que nous n'en saurions douter pendant que nous les apercevons de la sorte.»⁹ Ainsi si l'information est donnée clairement, il est simple pour le patient d'y consentir. Cependant Descartes précise que certaines personnes ne pourront jamais bien juger, car « la connaissance sur laquelle on peut établir un jugement indubitable doit être non seulement claire, mais aussi distincte. J'appelle claire celle qui est présente et manifeste à un esprit attentif ; (...) et distincte, celle qui est tellement précis et différente de toutes les autres, qu'elle ne comprend en soi que ce qui paraît manifestement à celui qui la considère comme il faut.»¹⁰ Même si l'auteur souligne ensuite qu'une perception peut être claire, sans être distincte, mais non le contraire¹¹, les deux caractéristiques doivent accompagner l'information et le consentement.

Mais peut-on susciter ainsi cette clarté chez et pour le patient et le résident afin qu'il puisse en juger et consentir ? « Quant à l'idée que l'information reçue de l'extérieur, supposée fournir un savoir cognitif objectif, exact et vrai (ce qui est utopique en pareille situation), commanderait au vouloir comme un adjudant à ses soldats, elle relève d'un préjugé dogmatique tout droit issu de l'époque des Lumières »¹². Cela repose toute la question de l'information donnée d'un côté, de l'information reçue de l'autre côté, et de la difficulté de donner une information juste, suffisante et intelligible au patient. Cela est cependant indispensable pour un consentement éclairé. En effet la logique de la loi commence par le patient informé (qui a donc acquis un savoir) et enchaîne sur le consentement éclairé, l'éclaircissement entraînant le consentement.

En effet si on considère le patient comme un partenaire et un acteur du soin, « la question du rapport à l'autre, dans la relation médecin-patient, est posée, dès lors, essentiellement, en termes d'appel à l'intelligence du sujet et à sa capacité de raisonner et de faire ou d'accepter des choix.»¹³ G. Moutel précise que ce consentement est d'autant plus nécessaire chez une personne fragile et vulnérable, car la « décision médicale s'effectue au sein d'une relation asymétrique opposant un savoir et une technique à une ... attente.»¹⁴

⁹ R. Descartes, *Principes de la philosophie*, in *Œuvres et lettres*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1953, I, 43, p. 590.

¹⁰ *Id.*, I, 45, p. 591.

¹¹ D'après *Id.*, I, 46, p. 591.

¹² D. Folscheid, *Expérimentation et vulnérabilité des personnes*, conférence faite à Ottawa 16-17 fév. 2008

¹³ G. Moutel, *Médecins et patients. L'exercice de la démocratie sanitaire*. Paris, L'Harmattan, 2009, p. 37.

¹⁴ *Id.*, p. 39.

Un consentement est-il alors possible ? Transmettre une connaissance, inciter le patient à être éclairé, à sortir à la lumière n'est-ce pas parfois trop difficile pour lui, voire impossible dans sa situation de souffrance, de fragilité et de vulnérabilité, de troubles des fonctions cognitives, génératrice d'angoisse dans un contexte de pandémie ? « Tout médecin a vécu des cas où le climat d'angoisse morbide rend illusoire la parfaite liberté de consentement du patient. »¹⁵ Dans ce cas le consentement éclairé serait un leurre ?

Mais le consentement n'est-il pas aussi de permettre au patient de prendre part au processus de soins, d'avoir la possibilité d'accepter ou de refuser, d'avoir une place dans la relation soignante ? D'ailleurs dans ces cas on ne se situe plus dans le cadre d'un acte passif, mais bien d'un acte actif. Ou comme le redit L. René : « dans la pratique, il convient de tout faire pour qu'une confiance rejoigne une conscience, pour reprendre une formule chère à l'Ordre des médecins. »¹⁶

Mais souvent ce consentement glisse vers un justificatif qui n'a plus aucune valeur, parce que la personne n'est pas dans une situation où elle peut consentir activement, approuver le geste diagnostique ou thérapeutique, mais simplement faire part qu'elle n'y est pas opposée. X. Dijon le précise de la manière suivante : « Le consentement du patient est insuffisant pour justifier l'atteinte que le praticien porte à son intégrité corporelle. »¹⁷ Ce consentement n'est pas une permission pour le médecin de disposer du corps du patient.

Le consentement, étape importante dans le soin, suffit-il à protéger le patient dans sa situation de fragilité ? S'il s'agit de remplir une obligation légale, on tombe dans l'hypocrisie, dans un paternalisme déguisé. Si au contraire, à cause du consentement, une information est donnée et comprise, le patient donne la permission et l'assentiment à l'acte prévu, le consentement peut reprendre sens et assurer son rôle de respect de l'autonomie de la personne.

B. La restriction de liberté encore plus importante dans les établissements médico-sociaux

1. Le droit d'aller et venir

La liberté d'aller et venir est un droit constitutionnellement garanti, aussi pour les résidents dans les EHPAD, leur lieu de résidence.

¹⁵ L. René, *Code de déontologie médicale*, Paris, Seuil, 1996, p. 111.

¹⁶ *Id.*, p. 111.

¹⁷ X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur. Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982, § 494, p. 344.

Ce droit constitutionnellement garanti est reconnu déjà en 1789 dans le principe écrit dans la DDHC de 1789; *droit naturel et civil* consacré par la première constitution d'après la Révolution française en 1791. La liberté d'aller et de venir se caractérise par le droit d'aller et de venir en société partout où cela plaît à l'être humain d'aller. La Liberté d'aller et venir est une composante de la liberté individuelle. Elle est inhérente à la personne humaine.

Principe fondamental reconnu par le Lois de la République (PFLR) : c'est un principe de valeur constitutionnelle dégagé par le Conseil constitutionnel français et par le Conseil d'État. Par sa décision du 12 juillet 1979¹⁸, le conseil constitutionnel a reconnu à la liberté d'aller et venir une valeur constitutionnelle. Ce principe fait partie intégrante des droits fondamentaux protégés par le bloc de constitutionnalité et se rattache à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui consacre le principe de Liberté.

La liberté d'aller et venir est également consacrée par des instruments internationaux ratifiés par la France¹⁹ mais également par les textes européens²⁰.

En pratique, dans de nombreux établissements, ce droit fondamental se trouve entravé déjà antérieurement à la pandémie :

○ *La problématique* : concilier deux principes apparemment opposés : respect de la liberté – garantie de la sécurité (*il est par exemple difficile pour les directeurs d'établissements en effet de trouver un juste équilibre : assurer une totale sécurité à leurs résidents, sans pour autant entraver leur liberté de mouvement*).

Outre les dispositions relatives à l'hospitalisation sans consentement, il n'existe pas de base légale à la restriction de la liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux. Toutefois le texte de recommandation de la conférence de consensus de 2004²¹ est venu identifier trois types de raisons pouvant justifier la restriction de cette liberté à condition que le bénéfice pour la personne soit supérieur aux risques induits :

- Les raisons relatives à la sécurité et visant à protéger la personne d'elle-même ou les tiers. Elles doivent être justifiées, précisées et connues.
- Des raisons médicales ou paramédicales à conditions d'être expliquées à l'intéressé (avec son accord, à la personne de confiance, ou dans le cas d'une mesure de

¹⁸ C. Const. 12 juillet 1979, loi relative aux ponts à péage

¹⁹ Pacte International relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 ([art. 12](#))

²⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ([art. 5](#))

²¹ [Conférence de consensus sur la liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico - sociaux, et obligation de soins et de sécurité](#)

protection juridique, à la personne en charge de celle mesure de protection) et acceptées par l'intéressé (ou la personne en charge de la mesure de protection juridique s'il y en a une)²²

- Des contraintes de soins et l'organisation interne d'un établissement sanitaire.

○ Liberté d'aller et venir et droit à la sécurité (obligation de sécurité)

La restriction de la liberté de circuler résulte souvent de l'obligation de sécurité qui pèse sur les établissements de soins ou d'accueil²³. L'enjeu pour les établissements est de trouver un compromis satisfaisant à leur obligation de sécurité et au respect de la liberté d'aller et venir des patients/ des résidents.

- Obligation de moyens : l'établissement s'engage à assurer au mieux et par tout moyen la sécurité de la personne dont elle a la charge.
- Dès lors, ce sera à la victime, ses ayant-droits ou ses représentants légaux d'établir l'inexécution de l'obligation de sécurité, en rapportant la preuve d'une faute (de surveillance, de négligence ou d'imprudence de l'encadrement). Si cette faute n'est pas prouvée, la responsabilité de l'établissement ne sera pas engagée.
- *À noter que dans certaines circonstances, les tribunaux qualifient l'obligation de sécurité « d'obligation de moyens renforcés ». Cela sera le cas lorsque le public accueilli est insouciant et inexpérimenté, et donc inconscient du danger (très jeunes enfants, public en situation de handicap...). En conséquence, le juge sera beaucoup moins indulgent quant aux éventuelles fautes commises, et beaucoup plus pointilleux quant au comportement de l'encadrement lors de l'évènement faisant l'objet du contentieux. La vigilance et la diligence devront donc être renforcées.*

2. La limitation d'aller et de venir dans un contexte Covid

Dans les recommandations de l'ANAES devenue l'HAS (Haute Autorité de Santé) du 24 et 25 Novembre 2004, la liberté d'aller et venir se définit comme « *une composante de la liberté individuelle et elle est inhérente à la personne humaine. La liberté d'aller et venir d'une personne hospitalisée dans un établissement sanitaire ou accueillie dans un*

²² En ce sens, le décret du 15 décembre 2016, relatif à l'annexe au contrat de séjour dans les établissements d'hébergement sociaux et médicosociaux pour personnes âgées, encadre la question délicate des restrictions à la liberté d'aller et venir des résidents.

²³ Art. [L1110-1](#) CSP et art. [L311-3](#) ali.2 CASF

établissement médico-social ne doit pas être entendue seulement comme la liberté de ses déplacements à l'intérieur de l'établissement, mais aussi comme la possibilité pour elle de mener une vie ordinaire au sein de l'établissement qu'elle a elle-même choisi. Cette liberté s'interprète de manière extensive et prend appui sur les notions d'autonomie, de vie privée et de dignité de la personne. ».

Par ailleurs, plusieurs groupes d'experts se sont réunis, et tous ont exprimé la nécessité de ne pas limiter la liberté de circulation des patients, de respecter au maximum leur choix de vie et d'obtenir un consentement éclairé lors des admissions en EHPAD ou en SLD. Son respect en psychogériatrie n'est pas facile dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) ou les unités de soins de longue durée (USLD) qui accueillent des malades vulnérables, notamment dans les unités d'hébergement renforcées (UHR). En effet, beaucoup d'EHPAD ou d'USLD possèdent à ce jour des unités fermées qui ont comme spécificité d'avoir une porte fermée, restreignant ainsi la possibilité qu'ont les patients de quitter l'établissement.

Cependant, cette liberté peut être exceptionnellement limitée dans des conditions strictement définies pour des raisons médicales ou d'ordre public. Il faut parvenir à concilier deux principes vraisemblablement opposés : la liberté et la sécurité. Parfois, le cas par cas peut être une solution en prenant en considération la situation de la personne et non sa maladie, tout en essayant de donner une réponse adaptée à sa possible vulnérabilité.

L'Etat a pour rôle d'assurer l'ordre public et doit donc parfois poser des limites à la liberté d'aller et venir, tout spécialement pour « la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens : Décision du Conseil Constitutionnel du 18 janvier 1995, n° 95-352 DC ». C'est donc au législateur de garantir l'équilibre entre ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice de libertés publiques (elles-mêmes constitutionnellement garanties. A titre d'exemple : la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et l'inviolabilité du domicile décision du Conseil Constitutionnel du 25 mars 2014 n° 2014-693 DC). Une seule dérogation existe dans le domaine de la santé : la nécessité de quarantaine, dont les règles strictes sont énoncées dans les principes de Syracuse de 1985, un texte émanant de la Commission des Droits de l'Homme du Conseil économique et Social des Nations Unies article 25 énonce « *La santé publique peut être invoquée comme motif pour restreindre certains droits, afin de permettre à un état de prendre des mesures en cas de menace graves à la santé de la population ou de certains éléments de la population.*

Ces mesures doivent avoir spécialement pour but de prévenir des maladies ou des accidents ou permettre d'apporter des soins aux malades et aux blessés » et « qu'il doit être tenu compte du règlement sanitaire international de l'OMS » dans son article 26. Ce texte rappelle aussi que toute restriction au Pacte international relatif aux droits civils et politiques doit être non discriminatoire, conforme à la loi, légitime et nécessaire et l'alternative raisonnablement disponible la moins limitative.

Cette restriction de liberté dans le cadre du confinement est appliquée à tous les citoyens. Mais la situation particulière des français résidents dans ces établissements est-elle alors similaire au confinement des français en général, auquel chacun doit se soumettre ? Les français conservent (de façon certes réduite et/ou adaptée) la possibilité de déambuler (on peut sortir de chez soi pour le seul motif de faire un peu d'exercice physique), la possibilité de communiquer (on découvre ou redécouvre l'usage du téléphone, des nouvelles technologies de communication), la possibilité d'un certain nombre de choix préservés (on continue de faire ses courses, de choisir ses menus), le choix initial des personnes avec qui on partage ce confinement, l'accès à des loisirs (concerts en ligne, etc...).

En contraste, le questionnement actuel sur les conditions de vie de ces résidents présentant des troubles cognitifs amène deux constats : 1) Les possibilités, les capacités (en l'occurrence de santé physique, d'affiliation, de lien social, de pensée, d'émotion et de divertissement) de ces personnes vulnérables étaient déjà fragiles antérieurement. 2) Elles risqueraient d'être encore bien plus réduites par une diminution de leur liberté d'aller et venir, en particulier en cas de confinement en chambre. La mise en œuvre du confinement est donc à risque de réduire encore plus les capacités de ces résidents vulnérables, voire de porter atteinte à leur intégrité physique et psychique, et ainsi à leur dignité, sans pour autant leur apporter un bénéfice individuel direct. Et l'organisation du déconfinement, posant un cadre aux visites des proches, obligeant à une distanciation physique, limitant le nombre et le temps de visites, majore encore cette restriction de liberté, de droit, d'autonomie.

Dans le cadre covid, nous assistons à une restriction de liberté de tous les citoyens, mais une restriction qui est encore plus importante pour les résidents d'établissements médico-sociaux. Peut-on appliquer la même restriction de liberté, à savoir ne pas tenir compte de l'obtention d'un consentement dans le cadre d'un prélèvement de dépistage de l'infection chez ces résidents fragiles et vulnérables ?

C. Le consentement dans le contexte Covid en établissement médico-social

Cette question intervient dans un contexte de restriction de liberté, qui est dès le départ déjà limitée dans ces établissements, qui l'est encore davantage dans le contexte de pandémie avec le confinement puis le déconfinement. Elle concerne le résident dans un contexte de consignes de dépistage systématique du covid 19.

La personne, résident en établissement médico-social doit-elle donner son consentement pour un test de dépistage systématique ? Peut-elle être testée sans son accord ? Dans quelle mesure ces tests sont-ils obligatoires ? Doit-elle accepter obligatoirement ce dépistage ? Peut-elle s'opposer ?

Le résident de l'établissement doit être considéré comme tout citoyen. Dans ce cadre on peut considérer que pour faire un prélèvement, il faut :

- donner l'information concernant le mode opératoire et l'objectif, une information que la personne puisse comprendre, adaptée sur le plan cognitif, exacte, en prenant le temps d'explications, de réponses aux questions éventuelles.
- obtenir le consentement sans exercer de pression
 - soit une non opposition : la personne ayant bien compris ce qui sera fait et n'ayant pas exprimé son désaccord
 - soit un consentement « éclairé » : la personne manifestant clairement son accord

En l'absence de ce consentement, le prélèvement ne pourra pas être fait.

L'avocat Jean-Marie Burguburu, Président de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), rappelle lors d'une intervention sur le JT de TF1, le 29 Avril 2020 qu'« *En droit français, actuellement, même en cas d'urgence sanitaire, il n'est pas possible de contraindre les français à se faire tester. Cela repose sur la base du volontariat.* » Le Premier Ministre rappelle que même s'ils ne présentent pas de symptômes, les cas constats seront testés et invités à s'isoler compte tenu de l'incertitude de la durée d'incubation. L'isolement sera-t-il obligatoire pour les cas contact ? « *Il n'est pas possible de les contraindre, juste les inviter fortement. Il est dur d'imaginer que la police ou les gendarmes viennent pour conduire de force dans un hôtel pour le confinement.* » pour Jean-Marie Burguburu. Le premier Ministre en appelle donc à la responsabilité individuelle et au civisme de chacun.

Obliger le résident à accepter un prélèvement de dépistage montre à nouveau combien sa liberté est encore davantage entravée en comparaison aux autres citoyens.

Qu'en est-il si le résident ne peut pas comprendre l'information, ni donner son consentement, en raison de troubles cognitifs et d'altération de l'autonomie décisionnelle, en particulier si par son comportement le résident manifeste son refus. ? Peut-on faire appel au consentement substitué par la personne de confiance, les proches, le tuteur (si protection juridique) ? Quelle que soit la mesure de protection, la loi pose le principe de l'autonomie de la personne, selon lequel le majeur protégé prend lui-même les décisions touchant à sa personne (article 459 alinéa 1 du Code Civil). Dans ce cas, la seule autorité pouvant obliger à un prélèvement malgré le non consentement serait le médecin, par l'intermédiaire de sa prescription.

Une des conséquences de ne pouvoir dépister la personne qui ne donne pas son consentement est de majorer le confinement. En effet elle est peut-être potentiellement contagieuse sans accepter d'être détectée. Cela signifie un confinement en chambre, donc des contraintes majeures pour le résident en comparaison au citoyen « standard », qui pourra circuler librement, même s'il est fait appel à sa responsabilité. De plus ces contraintes ne sont pas seulement moralement lourdes à supporter ; elles sont aussi à risque pour l'état de santé de la personne ainsi confinée : perte de rituels fédérateurs pour l'orientation, appauvrissement du périmètre de déplacement pouvant entraîner des troubles musculo squelettiques. Et elles sont une charge de travail supplémentaire pour les professionnels.

D. Le consentement peut-il dépendre de la finalité du prélèvement ?

Dans le contexte de pandémie, on constate une inversion des finalités : habituellement les examens de dépistage et de diagnostic ont comme finalité la prise en traitement de la personne elle-même. Dans le contexte de pandémie et du dépistage systématique, l'objectif est l'intérêt collectif, en l'occurrence détecter les personnes porteuses du virus afin de les isoler/les confiner, pour éviter de contaminer les autres résidents. L'objectif est certainement aussi d'assurer les soins nécessaires en cas d'infection, mais ce ne sont à ce stade que des prises en charge symptomatique, un traitement curatif n'étant pas disponible. Mais l'objectif premier est d'éviter la contamination des autres personnes de l'institution, les autres résidents, les professionnels.

Si la finalité est de faire un diagnostic chez la personne, en vu des soins qui lui seront faits, le consentement est obligatoire. Ce sera le cas si elle est compétente, si elle peut comprendre la problématique et les différentes possibilités, ainsi que leurs conséquences. Si la personne a des troubles cognitifs et/ou une altération de l'autonomie décisionnelle, il faudra par tous le moyens possibles lui donner les informations qu'elle peut comprendre, et accepter son refus si par son comportement elle s'oppose au prélèvement. On doit informer la personne de confiance, les proches, le tuteur (en cas de protection juridique).

Si la finalité est de faire un dépistage du plus grand nombre, voire systématique, on peut considérer deux situations :

1. Il y a un risque établi, le résident peut être contaminé, peut être vecteur du virus et contaminer d'autres personnes

Concernant la personne ayant des troubles cognitifs et/ou une altération de l'autonomie décisionnelle, en particulier si elle est déambulante, il est nécessaire de faire un dépistage, après l'avoir informée (en utilisant les possibilités d'information et de communication possibles). Le prélèvement sera fait de préférence par un soignant que le résident connaît. Dans ce cas il faut informer la personne de confiance, voire les proches, ainsi que le tuteur (si protection juridique) et il faut une prescription médicale justifiant le dépistage.

Concernant la personne pouvant comprendre les tenants et les aboutissants du dépistage, et pouvant décider pour elle-même, elle peut ne pas donner son consentement. Respecter la volonté de la personne signifie qu'en contre partie elle doit respecter la distanciation et appliquer les règles d'hygiène indispensables. Dans la mesure où elle vit en collectivité, cela signifie le confinement dans sa chambre le temps éventuel de l'incubation (quatorze jours), avec des précautions supplémentaires pour les professionnels, en particulier lors des soins.

Mais on peut aussi considérer que la personne a des obligations positives à l'égard d'autrui. Cette obligation n'est pas seulement compatible avec la liberté, mais elle en est aussi sa condition. C'est le propre de la solidarité. C'est parce que les autres résidents ont accepté d'être dépistés et que ceux qui sont positifs sont isolés, qu'elle peut circuler dans l'établissement, sans risque majeur, et ne pas être confinée dans sa chambre.

Dans ce cas, il y a une condition absolue, dont la satisfaction est nécessaire pour limiter les risques que les autres résidents et professionnels ne soient contaminés. La finalité est le bien être de tous, ne pas la satisfaire porte un tort important aux autres, et finalement à la personne elle-même.

Même si on ne peut pas contraindre la personne pour son propre bien, il peut être envisageable de la contraindre pour le bien des autres, ou alors l'exclure de la collectivité (confinement strict en chambre pendant 14 jours, voire lui proposer si elle le souhaite, un séjour temporaire auprès de ses proches, avec les services à domicile adaptés).

Ces contraintes existent actuellement lorsque le bien du plus grand nombre devient prioritaire, est la finalité. C'est le cas des vaccinations obligatoires chez l'enfant, mais aussi du traitement des données de santé. (Il est possible de traiter légalement des données personnelles malgré l'absence de consentement des personnes.)

Dans ce cas on peut considérer que la solidarité est première avant l'avis et le consentement de la personne. Cela peut être l'objet d'une délibération pluridisciplinaire, pesant le bénéfice pour l'ensemble de l'établissement, et les risques pris pour les résidents.

2. Il s'agit d'un dépistage systématique

Dans le cadre d'un dépistage systématique, proposé sans qu'il n'y ait d'éléments faisant penser que le résident puisse être porteur du virus ou avoir été contaminé, et susceptible de contaminer les autres, résidents et professionnels. Dans ce cas y a-t-il un bénéfice pour le plus grand nombre ? Il n'y a plus, dans ce cas d'obligation positive.

De plus, ce dépistage ne donnera qu'un résultat à un moment donné, et devrait être fait très régulièrement, l'objectif étant de dépister précocement toute personne de manière systématique, et le risque étant faible dans ce contexte de non contagiosité dans la collectivité. On peut s'interroger sur la finalité : est-ce que l'objectif est de rassurer (les résidents, leurs proches, les soignants, la direction) ? de se décharger d'une responsabilité (on ne pourra pas reprocher une quelconque négligence à la direction) ? Autre ? Dans ce cas la condition ne semble pas absolue, et sa satisfaction ne modifierait pas de manière significative le risque de contamination. Il ne semble donc pas acceptable de contraindre la personne à un dépistage auquel elle n'aurait pas consenti.

E. La cas des professionnels

La question du dépistage se pose pour les professionnels de ces établissements. Il s'agit de la liberté et de l'autonomie décisionnelle de ces professionnels comme de tout citoyen. Il ne semble pas possible de contraindre le professionnel à un dépistage auquel il n'aurait pas consenti, mais il doit être fait appel à la responsabilité :

- la responsabilité de l'établissement afin d'éviter tout risque de contamination des agents en leur fournissant le matériel de protection, en particulier masque et hygiène des mains (solution hydro-alcoolique ou savon) pour toute activité en contact avec les résidents et les autres professionnels. Il devra aussi fournir le matériel supplémentaire nécessaire pour se protéger pour la prise en soins d'un résident contaminé ou potentiellement contaminé (sur-blouse, sur-chaussures, charlotte, gants), ainsi que proposer un rappel concernant les gestes indispensables, précautions d'hygiène, d'habillement et déshabillage.
- la responsabilité de l'agent de se protéger lors de son activité professionnelle selon les consignes proposées par l'établissement, ainsi qu'une attitude responsable dans sa vie quotidienne (mesures de distanciation et hygiène des mains).
- la responsabilité de l'agent de consulter un médecin en cas de signes d'infection, et d'accepter dans ce cas un dépistage
- la responsabilité de l'agent d'envisager un prélèvement et un test de dépistage, si cela est nécessaire pour limiter les risques que les autres résidents et professionnels ne soient contaminés. La finalité est le bien être de tous, ne pas la satisfaire porte un tort important aux autres, et finalement à la personne elle-même. (Ici, en l'occurrence de lui faire courir un risque grave et vital ; normalement l'injonction déontologique première pour un soignant doit être de ne pas nuire... le dépistage ne peut-il pas être considéré comme un prolongement des « gestes barrières » ou plutôt un substitut nécessaire à ces « gestes barrières » pour les personnels devant s'occuper des patients en restant protecteurs ?). Ainsi chaque agent, même s'il est libre de ne pas consentir à un dépistage, doit cependant envisager son devoir de solidarité envers les autres citoyens, professionnels, résidents.

F. Conclusion

En résumé, il est essentiel de tenir compte de la non opposition ou du consentement de chaque personne susceptible d'être prélevée, et de la respecter.

La seule condition qui semble acceptable pour surseoir à ce consentement (ou non opposition) est la personne ayant des troubles cognitifs et déambulante, avec un risque avéré de contamination (autres résidents de l'établissement contaminés, et contact potentiel avec ce résident).

Concernant la personne, résident en EHPAD, non déambulante et refusant le prélèvement, il conviendra de tout mettre en œuvre pour la persuader à accepter le prélèvement, au titre de la solidarité et d'une obligation envers les autres résidents et professionnels. Si elle persiste dans le refus, il faudra la contraindre à un confinement en chambre pendant 14 jours.

Concernant les professionnels, il n'est pas possible de les contraindre à un prélèvement, mais il sera fait appel à leur responsabilité et au devoir de solidarité envers ses collègues, les patients/résidents pris en charge, les autres citoyens, et plus globalement l'ensemble de la population.

Tours, 16 mai 2020
Pour la cellule de soutien éthique
Mégane Ladiesse et Béatrice Birmelé