

## AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

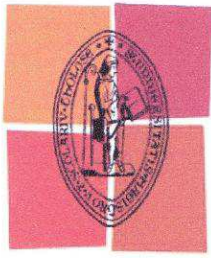
## LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



Université  
de Toulouse

# THÈSE

En vue de l'obtention du  
**DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE**

**Délivré par :**

Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

**Discipline ou spécialité :**

Droit

---

**Présentée et soutenue par :**

Monsieur Jean-Marc PANFILI

**le :** vendredi 6 septembre 2013

**Titre :**

LES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE PROTECTION DES DROITS ET LIBERTES DES  
MALADES MENTAUX

---

**Ecole doctorale :**

Sciences Juridique et Politiques (DSP)

**Unité de recherche :**

Institut Maurice HAURIUO

**Directeur(s) de Thèse :**

Madame Florence CROUZATIER-DURAND, Maître de conférences,  
Université Toulouse I Capitole

**Rapporteurs :**

Monsieur le Docteur Christophe ARBUS, Psychiatre, CHU de Toulouse  
Monsieur François VIALLA, Professeur, Université Montpellier I

**Autre(s) membre(s) du jury**

Madame Isabelle POIROT-MAZERES, Professeur, Université Toulouse I Capitole  
Madame Sophie THERON, Maître de conférences, Université Toulouse I Capitole  
Madame Cécile CASTAING, Maître de conférences, Université Montesquieu-Bordeaux IV



L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.



« Sans la reconnaissance de la valeur humaine de la folie, c'est l'homme même qui disparaît<sup>1</sup> ».  
François Tosquelles<sup>2</sup>.

« Parler de psychiatrie, c'est parler de liberté, car, qu'on le veuille ou non, quels que soient les débats qui peuvent et doivent se dérouler, à partir de cette proposition fondamentale : la psychiatrie n'existe que du fait que des hommes sont en difficulté sur une problématique de liberté<sup>3</sup> ».  
Lucien Bonnafé<sup>4</sup>.

« La liberté, ce bien qui fait jouir des autres biens ».  
Montesquieu<sup>5</sup>.

:

---

1 TOSQUELLES. F, *L'enseignement de la folie*, Privat, 1993.

2 François Tosquelles est un psychiatre catalan (1912-1994), militant républicain et résistant. Il fut un des inventeurs de la psychothérapie institutionnelle. Il devient médecin-chef de l'hôpital de Saint-Alban en 1952. Il est un des fondateurs de la société du Gévaudan.

3 BONNAFÉ. L, *Dans cette nuit peuplée*, 18 textes politiques, Paris : Ed. Sociales, 1977.

4. Lucien Bonnafé est un psychiatre français (1912-2003), résistant, conseiller du ministre de la santé à la libération. Il a élaboré et mis en place la politique de secteur psychiatrique.

5 Montesquieu, *Mes pensées*, Ed Gallimard, Collection bibliothèque de la Pléiade, 1949. p.975.



## SOMMAIRE.

Partie 1. Un long amalgame entre trouble mental et dangerosité.

Titre 1. L'approche historique du traitement des malades mentaux.

Chapitre 1. L'évolution de l'aliénisme à la psychiatrie.

Chapitre 2. L'évolution juridique de l'irresponsabilité pénale pour troubles psychiques.

Chapitre 3. L'expertise psychiatrique pénale : de la description à la prédiction des troubles.

Titre 2. Un équilibre entre la protection des libertés et le contrôle sanitaire et social.

Chapitre 1. La protection des libertés individuelles au regard du contrôle sanitaire et administratif.

Chapitre 2. Surveillance, sécurité et ordre public : bilan de la loi du 27 juin 1990.

Chapitre 3. La protection des malades mentaux par le Conseil de l'Europe et la CEDH.

Partie 2. La protection des libertés individuelles des malades mentaux : l'émergence d'une exigence.

Titre 1. L'évolution du droit interne.

Chapitre 1. L'équilibre entre protection et autonomie face au handicap psychique : le juge protecteur.

Chapitre 2. La réforme de 1990 soumise au juge constitutionnel.

Titre 2. La loi du 5 juillet 2011 : un texte complexe et fragile.

Chapitre 1. De réelles avancées mais des limites certaines.

Chapitre 2. De nouvelles dispositions controversées.

Chapitre 3. Les perspectives : un meilleur équilibre et une clarification.

Bibliographie.





## INTRODUCTION.

La pathologie mentale constitue avant tout un problème de santé, qui se caractérise par une profonde souffrance. Les troubles associés à la maladie se manifestent toutefois de manière singulière. La symptomatologie peut dans ce cas altérer la lucidité et le discernement. Indépendamment du trouble ressenti par la personne, cela induit des comportements susceptibles de poser des problèmes d'ordre public, voire de délinquance. Les patients sont, dans ces cas, soumis à des restrictions ou privations de liberté dans le but de les soigner, mais également de préserver la sérénité du corps social. La tension entre ces trois objectifs de soins, de préservation des libertés individuelles et de protection de la société est omniprésente. Elle suscite toujours le débat pour la définition des politiques publiques. Dans le langage officiel, la maladie mentale a ainsi pris la place de l'aliénation mentale ou de la folie. Pourtant, une vision péjorative persiste toujours. Malgré l'évolution des prises en charge, l'opinion publique reste largement sur une conception archaïque et source de rejet. Cette dernière réagit de façon paradoxale face à la maladie mentale. En effet, si un drame humain est imputé à un malade mental, elle réclame l'enfermement. En revanche, si elle a connaissance d'un internement arbitraire, elle réagira de manière inverse. Pourtant, comme le soulignait le psychiatre F. Tosquelles, la folie est le propre de l'homme, mais certaines personnes fragilisées ont plus de difficultés à vivre avec. Selon le psychiatre catalan, nier cette évidence, revient à occulter la complexité de la nature humaine. Comme le rappelait plus récemment le philosophe P. Di Vittorio<sup>6</sup>, « traiter le fou comme un homme et gérer la maladie comme une dangerosité a structuré l'histoire de la discipline [...] ». Selon lui, cette contradiction constitutive est beaucoup moins bien surmontée, lorsque « le principe de précaution et la peur de l'autre, ces deux leviers de la paranoïa sociale, font basculer l'équilibre du côté de la mise hors d'état de nuire d'un humain devenu un produit dangereux ». L'amalgame historique entre dangerosité et troubles mentaux constitue donc un élément déterminant de la réflexion. C'est pourquoi, il est fondamental de prendre en compte la situation du malade mental, lorsqu'il se trouve face au juge répressif. Il n'est toutefois pas question de le réduire à cette seule vision, mais de le considérer avant tout comme un malade dont il faut à la fois protéger la santé, mais aussi les libertés. Ceci exige de rechercher un équilibre entre les exigences de précautions sanitaires et d'ordre public d'un côté, et le respect des libertés individuelles de l'autre. C'est dans ce contexte précis qu'une réforme importante du système psychiatrique a eu lieu en France, à la fois sur fond de faits divers tragiques, mais également dans une ambiance sécuritaire plus générale. Si, face à cette problématique, les positions du juge européen en faveur des libertés individuelles étaient déjà connues, le juge constitutionnel est venu les conforter à plusieurs reprises grâce à l'instrument juridique que constitue la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le droit des soins psychiatriques sans consentement vient donc d'évoluer et évolue encore sous l'égide du législateur. L'action de ce dernier est toutefois singulière, en la circonstance. Elle doit prendre en compte, dans le même temps la volonté du pouvoir exécutif, tout en intégrant les exigences du juge constitutionnel et du juge européen.

### **Psychiatrie et santé mentale.**

Les psychiatres J-L. Senon et C. Jonas indiquent qu' « imposer des soins aux sujets qui présentent des troubles mentaux pouvant les conduire à des conduites réprimées par la loi a toujours été dans notre société le problème de rapprocher justice et psychiatrie, sanction et prévention, punir ou soigner, et donc consentement au nom de la liberté individuelle et obligation de soins pour protéger la société et ses membres ». Ainsi, pour les deux auteurs, « cette difficulté à rapprocher ceux qui jugent au nom de la loi et ceux qui soignent, conformément à celle-ci, s'est toujours traduite par la promulgation de lois pénales parallèlement à des lois sanitaires, souvent dans un mouvement de balancier<sup>7</sup> ». Les tenants de la psychothérapie institutionnelle dénoncent « deux lames de fond » qui traversent la psychiatrie contemporaine : « une dérive sécuritaire assimilant folie et dangerosité et produisant le retour du grand

---

6 FURTOS. J, « L'Age post-thérapeutique », Rhizome n°42, septembre 2011. p.1.

7 SENON JL, JONAS C, *Protection de la personne. Droits des patients en psychiatrie*, Médecine et Droit, 2005, p.48.

renfermement, et un rabattement étio-pathogénique organiciste considérant la folie comme l'expression d'un cerveau malade<sup>8</sup> ».

La maladie psychiatrique ne repose pas sur des lésions identifiables. Son diagnostic repose avant tout sur une logique d'élimination d'éventuels problèmes organiques sous-jacents. La discipline médicale psychiatrique participe très étroitement à la réinsertion et de la réadaptation psychosociale. De même, elle connaît plus largement la souffrance psychique, qui compromet le bien-être des individus et leur rapport au monde. La discipline psychiatrique doit à ce titre faire face à la santé mentale au sens large. La notion de « santé mentale » concerne un périmètre plus large que la nosographie classique des troubles psychiatriques. En cela, elle vise à permettre à chacun de trouver les ressources nécessaires au plein développement de ses potentialités psychiques et affectives. Conformément à la définition de l'OMS, elle doit contribuer à la meilleure insertion sociale, permettant de participer à toutes les activités de la nation, dans le respect des valeurs de la société. La psychiatrie se trouve donc au carrefour des sciences biologiques et des sciences humaines, impliquant une démarche médicale, psychologique et socio-anthropologique, puisque le patient est à la fois l'objet de soins et d'assistance. La psychiatrie se définit aussi comme « une branche de la médecine consacrée à l'étude et au traitement des troubles mentaux<sup>9</sup> ». Le trouble mental ou comportemental « se caractérise par une perturbation de la réflexion, de l'humeur ou du comportement qui ne rentre plus dans le cadre des normes ou des croyances culturelles [...] ». Les symptômes s'accompagnent selon la définition « d'une détresse et interfèrent avec les fonctions personnelles<sup>10</sup> [...] ». La psychiatrie est *a priori* reconnue comme une discipline médicale classique. Même si la terminologie de « fléau social » n'est plus retenue, elle est cependant la seule discipline à faire toujours l'objet de mesures spécifiques prévues au Code de la santé publique<sup>11</sup>, au même titre que l'alcoolisme ou les toxicomanies. C'est d'ailleurs cette approche spécifique, qui a encore prévalu dans le rapport Larcher<sup>12</sup>, préalable à l'adoption de la loi du 21 juillet 2009<sup>13</sup>, dite « hôpital patient santé territoire ». Ce rapport écartait la psychiatrie, la renvoyant à des discussions ultérieures.

Les maladies mentales font notamment l'objet d'une loi spécifique, prévoyant une dérogation au principe général de consentement. Les malades mentaux ne peuvent être traités et pris en charge que dans des établissements bénéficiant d'une habilitation particulière de l'autorité sanitaire de tutelle. En termes de santé publique et d'un point de vue épidémiologique, une étude<sup>14</sup> a été publiée concernant plus de cinq-cents millions de personnes vivant dans les vingt-sept pays d'Europe. Elle démontre clairement que toutes pathologies confondues, une large proportion d'européens (38%) sont atteints de troubles psychiatriques ou neurologiques plus ou moins graves, y compris l'anxiété et la dépression. Dans cette étude, plus de quatre-vingt-dix maladies mentales et problèmes neurologiques différents ont été pris en compte. Pour H-U. Wittchen, un des auteurs de l'étude, « les problèmes de santé mentale sont le plus important défi de santé publique pour l'Europe au XXIe siècle ». Même si l'ensemble de ces troubles mentaux ne relèvent pas tous de traitements psychiatriques, G. Thornicroft, professeur de psychiatrie au King's College de Londres, considère que « bien que ce chiffre semble très élevé, il s'agit de l'étude la plus rigoureuse jamais menée en Europe ».

### **Maladie mentale, liberté et ordre social.**

Classiquement, la psychiatrie traitait autrefois de psychoses et névroses, repérées comme maladies parfaitement délimitées, mais elle est devenue ces dernières décennies une institution de contrôle de

---

8 XXV<sup>e</sup> Journées de Psychothérapie Institutionnelle, 12 et 13 octobre 2012, Marseille.

9 Définition du dictionnaire de médecine Flammarion,

10 Définition de l'Organisation Mondiale de la Santé.

11 Troisième partie : Lutte contre les maladies et dépendances, Livre II : Lutte contre les maladies mentales.

12 Le Président de la République. Le Premier ministre. La ministre de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative. Rapport de la commission de concertation sur les missions de l'hôpital, présidée par M. G. LARCHER, avril 2008.

13 Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF n°0167 du 22 juillet 2009, page 12184, texte n° 1.

14 « Troubles mentaux ou neurologiques: 38% d'Européens touchés, selon une étude », 07 septembre 2011, [tempsreel.nouvelobs.com](http://tempsreel.nouvelobs.com)

toute forme de souffrance psychosociale. C'est désormais les écarts liés à la déviance vis-à-vis de la norme sociale prédominante qui définissent en grande partie la maladie mentale. Il s'agit donc de clarifier si la psychiatrie remplit une mission de santé publique, un rôle de contrôle au service de l'ordre social ou les deux. En termes de santé publique et sur le plan épidémiologique, la maladie mentale est la première cause de reconnaissance d'invalidité professionnelle<sup>15</sup>. Les études montrent qu'un adulte sur trois sera concerné durant sa vie par des troubles psychiques. Malgré ce constat, dans l'inconscient collectif, la psychiatrie a toujours vocation à protéger en premier lieu la société des « fous en liberté ». L. Bonnafé affirmait que la place de la folie dans une société « révèle le degré de liberté de cette société [...] ». Nous pourrions ajouter à ces propos, que cette place révèle le « degré de tolérance » de la société. Le psychiatre F. Tosquelles, père de la psychothérapie institutionnelle, livrait en 1994 ses réflexions et un message d'espoir à propos des malades mentaux. Ce dernier soulignait que « [...] malgré la confusion et le pessimisme où se (trouvait) engagé l'ensemble des hommes [...] », il restait « convaincu que tant qu'il y a des hommes [...] quelque chose de leur démarche reste acquis, se transmet, disparaît parfois, mais aussi resurgit ». De nombreuses voix se sont élevées plus récemment pour dénoncer une logique de violence sociale, qui « condamne la psychiatrie à repérer, contrôler et parquer à vie [...] tous les marginaux, déviants ou malades désignés potentiellement dangereux<sup>16</sup> ». Ces voix dénoncent une légalisation de l'abus de pouvoir, puisque la dangerosité associée à la maladie mentale n'est, ni définie, ni limitée. Elles récusent l'obsession qui assimile tout accident en événement intolérable et l'erreur en défaillance inacceptable. Ces obsessions légitiment « des précautions sans cesse durcies et toujours condamnées à se durcir », dans la mesure où le « risque zéro » n'existe pas. Il convient donc de prendre garde à l'utilisation de drames liés à la maladie mentale, le risque étant de s'indigner exclusivement face aux faits divers et d'occulter les injustices collectives.

La maladie mentale est singulière, elle n'est pas structurée à partir de symptômes clairs et objectifs de manière à permettre un diagnostic clair et immuable. En médecine physique, le médecin se base sur des symptômes rapportés par le patient et sur les examens para-cliniques pour bâtir son diagnostic. Tel n'est pas le cas en psychiatrie, où la clinique repose sur la seule parole du patient, qui doit être décryptée. Le « colloque singulier », qui constitue la modalité de relation bilatérale entre le médecin et le patient, revêt une forme particulière en présence de troubles mentaux. En effet, contrairement aux autres malades, le malade mental ne se révèle pas « conforme ». Cela signifie qu'il n'est pas forcément conscient de ses troubles et qu'il ne répond pas toujours aux critères de recours, de collaboration et de soumission au médecin. Pour le psychiatre G. Baillon<sup>17</sup>, le soin psychique est spécifique et, à ce titre, il doit tenir compte d'abord de la méconnaissance qu'a le patient de ses troubles. Il ne faut pas « le considérer comme un délinquant et lui faire avouer une maladie qu'il ignore ». Le comportement symptomatique du patient, ne correspond pas à un effort pour se rétablir, dans le but de réintégrer un rôle social. La pathologie mentale est une pathologie le plus souvent chronique, et les affections en cause sont en règle générale durables. Ces troubles peuvent être transitoires ou chroniques, chaque phase pouvant être d'intensité variable, le tout pouvant être constitutif d'un handicap. L'absence de conscience des troubles amène souvent le patient à l'hôpital, non pas à son initiative, mais sous la pression des proches, du milieu de travail ou des pouvoirs publics. La maladie mentale se trouve étroitement associée à la définition de la déviance. La symptomatologie psychiatrique et les troubles du comportement qui en résultent ne répondent pas aux critères de conformité exigés par les normes et valeurs sociales attendues. Les troubles mentaux sont parfois accompagnés de comportements mal tolérés et considérés comme déviants par le corps social. Ce sont les aspects d'irresponsabilité, mais aussi d'incapacité et d'imprévisibilité, voire de violence, absents dans les maladies somatiques, qui sont alors en cause. Cette exigence de conformité des comportements par le corps social, assigne aux personnes porteuses de ces symptômes une place particulière, du point de vue de l'ordre social. Concrètement, les malades mentaux dérangent potentiellement l'ordre établi. Cette position au regard

---

15 *L'état de santé de la population en France. Rapport de suivi des objectifs de la loi de santé publique 2009-2010*, DREES, Etudes et résultats, n° 747, janvier 2011.

16 « Nous refusons la politique de la peur », *Le Monde*, 12 décembre 2008.

17 BAILLON. G, *La souffrance des familles en psychiatrie, sa violence*, Paris, 5 avril 2011, [www.serpsy.org](http://www.serpsy.org)

de l'ordre social est singulière parce qu'elle est structurelle. Contrairement à des groupes sociaux ponctuellement hors norme, la symptomatologie des patients de psychiatrie reste généralement constante à travers le temps et leur assigne de fait, une place définitive dans le corps social. Les maladies psychiques sont également à l'origine d'altérations notables de la qualité de vie, que ce soit pour le malade lui-même, mais aussi pour son entourage proche. Ces pathologies recouvrent des états pathologiques allant de troubles mineurs ou passagers à des états chroniques graves, voire des troubles aigus sévères, comportant des risques de passage à l'acte auto ou hétéro agressifs. Selon ces considérations, la spécificité de ces troubles justifie parfois le recours à l'hospitalisation des malades mentaux sous un régime de contrainte.

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame que la Nation « [...] garantit à tous [...] la protection de la santé [...]. Tout être humain qui, en raison [...] de son état [...] mental, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Ce droit à la protection de la santé se décline pour l'essentiel en droit interne dans la loi du 4 mars 2002<sup>18</sup>, qui en constitue le texte de référence. Si la psychiatrie a vocation à entrer dans le champ du droit commun, elle entretient cependant historiquement et spécifiquement des liens étroits avec la protection des libertés individuelles. Les troubles mentaux ont la particularité de pouvoir nécessiter parfois des mesures exceptionnelles restrictives ou privatives de libertés individuelles. Il s'agit essentiellement de la liberté d'aller et venir et de la protection de l'intimité de la vie privée. On admet que la liberté consiste à agir selon sa volonté, en fonction des moyens à sa disposition, sans être entravé par le pouvoir d'autrui. Elle représente donc la capacité de déterminer soi-même ses propres choix. Elle se conçoit à la fois comme l'absence de soumission ou contrainte et comme une autonomie volontaire dans ses actes. La liberté constitue une valeur républicaine essentielle qui est incontournable dans nos institutions. Elle figure en tête de la devise républicaine, ainsi que dans l'hymne national<sup>19</sup>. La valeur constitutionnelle de la liberté est proclamée aux articles 1 et 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC). Ainsi, « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits [...], les droits naturels et imprescriptibles de l'homme [...] sont (notamment) la liberté [...] ». La chancellerie est désormais dénommée « Ministère de la justice et des libertés ». Pour P. Beneton<sup>20</sup>, « la liberté se définit d'abord par opposition à la contrainte. Ainsi, « si nous pouvons décider de notre mode de vie, de nos choix politiques et intellectuels, religieux, affectifs, sans y être obligés par une personne ou par une armée, nous disposons alors des libertés fondamentales ». La première des libertés est donc liée à la libre disposition de son corps. La démocratie interdit la limitation de l'usage de son corps et, par voie de conséquence, l'emprisonnement pour d'autres causes que celles prévues par la loi et contrôlées par un juge indépendant.

### **Approche historique.**

Depuis toujours, la « folie » ou maladie mentale est victime d'une approche péjorative du corps social. Elle suscite une crainte alimentée par la subjectivité de perception de la folie. Le langage populaire est révélateur des mœurs d'une société et traduit la complexité du rapport de l'homme à la folie. Nous verrons que cette crainte s'est plus ou moins exprimée à travers le temps, en fonction des contextes essentiellement sociaux et politiques ou des croyances, plutôt que sur des considérations sanitaires. A ce propos, les expressions populaires que nous utilisons couramment sont révélatrices : « je suis fou de joie », « fou amoureux », « fou de bonheur », mais également : « fou furieux » ou « fou à lier ». Selon P. Lamothe, depuis que la folie n'est plus diabolisée, mais reconnue comme une problématique humaine, les pratiques comme la loi ont oscillé « entre le respect de la personne jusque dans son droit à être malade et le soin sous contrainte pour son bien malgré elle ou clairement pour le bien de tous<sup>21</sup> ». L'aliéniste tarnais P. Pinel (1745-1826), fortement empreint des idées du « siècle des lumières » et des

18 Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002. page 4118, texte n° 1.

19 *Liberté, Liberté chérie, Combats avec tes défenseurs!* La Marseillaise, Hymne national.

20 BENETON. P., *Les fers de l'opinion*, PUF, 2000.

21 LAMOTHE. P., « Entre violence de la contrainte et violence de l'abandon », Rhizome n°42, septembre 2011.

idéaux de la Révolution de 1789, est considéré comme le fondateur de la psychiatrie moderne. L'aliéniste toulousain E. Esquirol (1772-1844) a promu par la suite la loi sur les aliénés de 1838, qui a constitué la première reconnaissance juridique. Celle-ci a distingué pour la première fois spécifiquement les malades mentaux, tout en fixant dans le même temps des impératifs de défense sociale. Ce texte a eu pour effet important de rétablir formellement l'internement administratif, aboli par les révolutionnaires de 1789. C'est à cette occasion qu'a débuté la reconnaissance de la psychiatrie comme une discipline médicale à part entière. Cette avancée législative fut cependant insuffisante car faute de traitements efficaces, les prises en charge sont longtemps restées basées sur le principe de l'enfermement. Il faudra attendre la loi du 27 juin 1990, pour voir enfin renversé ce principe, l'hospitalisation sous contrainte devenant l'exception et l'hospitalisation libre la règle.

La période de la seconde guerre mondiale occupe une place particulière, car elle a réservé un sort particulièrement dramatique aux malades mentaux. L'Allemagne nazie, sous la férule d'Hitler dans sa vision eugénique de la « race supérieure », a organisé leur extermination. Quant à la France de Vichy, représentée par Pétain et traumatisée par l'occupation, elle a délaissé les malades mentaux. Nombre d'entre eux sont morts de faim et de froid. Ces événements terribles vont cependant générer deux phénomènes particulièrement importants et positifs. Le procès de Nuremberg, des dignitaires nazis, a permis d'instaurer le principe de respect de la personne humaine, fondant le « crime contre l'humanité » imprescriptible. En France, le Conseil National de la Résistance (CNR) a posé les principes humanistes, qui s'appliqueront à la psychiatrie, et que l'on retrouve au préambule de la Constitution de 1946. Ils se concrétiseront d'abord par la circulaire du 15 mars 1960, relative à la sectorisation, ensuite par la loi de 1985 déterminant l'organisation de la sectorisation psychiatrique. La période des années 1980 à 1995 verra enfin une ouverture importante de la psychiatrie vers le monde extérieur, alors qu'en parallèle, cinquante-mille lits vont être fermés à partir des années 1980. Nous verrons que ce reflux des capacités d'hospitalisation a engendré des phénomènes paradoxaux préoccupants dans la prise en charge des malades mentaux. En effet, la mise en œuvre de la loi du 27 juin 1990<sup>22</sup>, corrélée à une diminution des capacités d'hospitalisation, a paradoxalement généré une augmentation sans précédent du nombre d'hospitalisations sous contrainte. Précisément, il a été démontré un recours massif aux procédures d'urgence. Nous verrons, à ce propos, que la loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, n'a que très peu modifié les dispositions préexistantes de la loi de 1990.

La considération d'ordre public et de sûreté des personnes, dans une recherche du « risque zéro », est redevenue prédominante pour l'autorité administrative incarnant le pouvoir exécutif. La sûreté absolue constitue pourtant un leurre puisque le risque est inhérent à l'existence humaine. L'expérience démontre d'ailleurs, qu'une dérive sécuritaire engendre une réduction de notre intimité et de notre liberté, sans pour cela apporter une meilleure sécurité. En effet, l'histoire, y compris récente, nous a démontré que plus un Etat concentre de pouvoir, plus le danger est grand qu'il en abuse. A ce propos, nombreux sont ceux qui s'inquiètent et dénoncent une dérive sécuritaire de notre société. C'est le cas de Me C. Charrière-Bournazel, constatant en 2011 que la France « n'a jamais su trouver d'équilibre durable entre sécurité et liberté ». Selon l'avocat, « depuis trois ans le fléau de la balance penche de manière inquiétante du côté de la sécurité<sup>23</sup> ». La loi « sécurité et liberté » occupe une place singulière dans l'évolution de notre approche collective. Bien qu'abrogé en 1983<sup>24</sup>, ce texte a fait l'objet des critiques de R. Badinter. Selon ce dernier, « les dispositions de la loi sécurité et liberté n'étaient en rien nécessaires. Le bénéfice espéré de ce texte était politique. Il s'agissait de montrer au pays, et d'abord à l'électorat de droite, la volonté de combattre la délinquance avec la dernière fermeté [...] ». L'abrogation de la loi « sécurité et liberté » fut d'ailleurs difficile à faire admettre, même dans les propres rangs de la gauche au pouvoir et notamment par G. Defferre, alors ministre de l'intérieur. Bien qu'abrogée, il se trouve que cette loi clive toujours profondément en France les positions entre les tenants de la sécurité

---

22 Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation. JORF n°150 du 30 juin 1990, page 7664.

23 CHARRIERE-BOURNAZEL. C, *La rage sécuritaire, une dérive française*, éditions Stock, Paris, 2011.

24 Loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes. JORF du 3 février 1981, page 415.

et ceux de la liberté. Ce débat est toujours très vif et pour ce qui nous intéresse, il est omniprésent à propos des risques liés aux troubles mentaux.

### **Psychiatrie et justice pénale.**

La psychiatrie et la justice pénale entretiennent des rapports complexes et anciens. Comme le rappelle J-L. Senon<sup>25</sup>, tout crime n'est pas le fait d'un malade mental car « [...] tout homme a une vie psychique qui l'amène à éprouver amour comme haine, tendresse comme colère, frustration ou sentiment d'injustice ». En effet, le plus souvent, les actes criminels ou délictueux ne se situent pas dans le champ de la pathologie psychiatrique, mais dans la complexité de la vie psychique humaine. Cette précision est importante, dans la mesure où sont inclus dans la problématique les délinquants soumis à l'expertise du psychiatre, sans qu'ils soient pour autant des malades mentaux. L'altération du discernement, qui aurait pu permettre une imputabilité atténuée et l'adoucissement de la peine, engendre plutôt le contraire. Malgré une responsabilité pénale atténuée, le Code pénal de 1994, qui introduit la notion d'altération des facultés mentales, va conduire un nombre important de malades mentaux en prison. L'inflation de lois sécuritaires depuis les années 2000, et notamment la loi de 2008 relative à la rétention de sûreté<sup>26</sup>, s'accompagne d'une montée en puissance des soins pénalement ordonnés<sup>27</sup>. Alors que les moyens humains de prise en charge sont de plus en plus réduits, l'expertise psychiatrique se trouve très largement convoquée. On lui demande, non plus pour constater un trouble, mais surtout de prédire une éventuelle dangerosité. Ces situations posent de nombreuses questions sur la compatibilité du soin avec la peine. Selon le dernier avis<sup>28</sup> de la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, « le risque est grand, pour un malade et à une époque où tout est fait pour affirmer ses droits, d'être la victime d'aléas qui tiennent certes aux symptômes de sa maladie mais aussi aux hasards d'une réponse sociale ». En effet, selon la Commission, en fonction des circonstances, le patient peut entrer soit dans un régime de contrainte par la voie médicale, soit prendre la voie de la prison après avoir été l'auteur d'un acte délictueux. Selon l'avis de la Commission, « si l'individu est pauvre et mal défendu, ces circonstances pèseront définitivement sur son avenir ». Nous prendrons toutefois en considération la nouvelle politique pénale annoncée et impulsée depuis les changements politiques du mois de mai 2012. En effet, la volonté affichée par le Gouvernement, de limiter le recours à l'incarcération devrait logiquement avoir des effets sur le devenir des malades mentaux auteurs d'infractions.

### **Psychiatrie et libertés individuelles.**

La contrainte imposée aux malades mentaux s'avère être importante. Sur les trois cent mille personnes hospitalisées en psychiatrie annuellement, soixante-dix mille le sont sous le régime de l'hospitalisation sous contrainte privative de liberté. Ce chiffre se rapproche du nombre annuel moyen d'incarcérations<sup>29</sup> dans le cadre pénal. Enfin, l'enquête réalisée par l'IGAS<sup>30</sup> en 2003 dans trois régions, montrait que la durée moyenne de séjour pour les personnes en Hospitalisation sur Demande d'un Tiers (HDT) était de soixante jours et de quatre-vingt-quinze jours pour celles en Hospitalisation d'Office (HO). L'internement arbitraire constitue bien un risque réel et il peut revêtir deux formes. Ainsi, l'internement abusif est médicalement infondé mais légal sur la forme. En revanche, l'internement illégal se caractérise par des

---

25 SENON. J-L, MANZANERA. C, *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications, à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté*, AJ Pénal n°4/2008, avril 2008.

26 Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. JORF n°0048 du 26 février 2008 page 3266, texte n° 1.

27 Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. Article 48. JORF n°139 du 18 juin 1998 page 9255.

28 CCNDH. Avis, sur les premiers effets de la réforme des soins psychiatriques sans consentement, sur les droits des malades mentaux, adopté en assemblée plénière le 22 mars 2012.

29 Ministère de la justice et des libertés, *L'administration pénitentiaire en chiffres*, janvier 2010.

30 Rapport IGAS n°2005-064/IGSJ n°11/05, *Propositions de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits, et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation*.

décisions administratives formellement illégales. Il est donc particulièrement important d'examiner les risques d'arbitraire dans les procédures d'internement.

La question des libertés individuelles doit se situer au cœur de la démocratie et de l'Etat de droit, mais elle ne peut perdurer que grâce à la vigilance de tous les citoyens. Non seulement il leur appartient d'être vigilants, mais ils doivent également s'assurer des conditions d'exercice de ces mêmes libertés. Ceci est important lorsque les atteintes qui sont portées sont nombreuses et insidieuses, en particulier lorsque des personnes en situation de particulière vulnérabilité sont concernées. Du point de vue du respect des libertés individuelles, le juge judiciaire est devenu pleinement partie prenante du dispositif d'internement. Il vient rétablir l'équilibre entre les rôles distincts du psychiatre protecteur de la santé et l'autorité administrative garante de l'ordre public. En effet, comme l'a exprimé Pascal, « La justice sans force est impuissante, la force sans la justice est tyrannique ». Jusqu'en 2011, la force ou contrainte était bien présente, par contre la justice était singulièrement absente. Le rôle du juge des libertés et de la détention (JLD) a donc été particulièrement renforcé en matière d'internement, d'abord sous l'influence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), puis grâce aux décisions du Conseil constitutionnel. Dans un premier temps, le JLD a vu son intervention mieux définie, d'abord par voie réglementaire en 2010, en ce qui concernait les décisions de sortie immédiate de patients sur requête facultative. C'est surtout la réforme de la loi de 1990 qui s'est vue bouleversée face à l'éventualité de la judiciarisation. Le Conseil constitutionnel, a dû examiner des dispositions essentielles de la loi du 27 juin 1990, dans le cadre de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité. Ainsi, au regard du respect de la liberté d'aller et venir, conformément à la décision des sages, une décision judiciaire est désormais nécessaire pour maintenir une hospitalisation complète sans consentement. L'utilisation de la QPC par des associations de patients a enfin permis la judiciarisation systématique de l'internement psychiatrique. A l'égard des malades mentaux, un terme a été porté à cent-soixante-dix ans d'arbitraire médico-administratif. Accessoirement, la QPC ouvre également le champ vers une évolution structurelle de l'ordonnancement juridique. En effet, la réflexion porte désormais vers une transformation à terme du Conseil constitutionnel. En résumé, désormais, le droit européen et nos dispositions constitutionnelles constituent deux leviers majeurs au service des libertés individuelles des malades mentaux. Ces leviers juridiques viennent largement contrebalancer les aspirations sécuritaires des pouvoirs publics français. Pour compléter cette tendance libérale, la Haute Autorité de Santé (HAS) a également renforcé les droits des patients malades mentaux en 2011, en inscrivant la thématique de la gestion de restriction des libertés comme pratique exigible prioritaire (PEP). Il en va de même du Contrôleur général des lieux de privation de liberté qui se révèle compétent et efficace pour examiner la situation des établissements psychiatriques.

### **Psychiatrie et vulnérabilité.**

Les troubles mentaux occasionnent également une particulière vulnérabilité des personnes atteintes. Dans ce cas, elles doivent faire l'objet d'une protection établie notamment par voie judiciaire. Cette protection a fait l'objet dans un premier temps de dispositions d' « interdiction » dans le Code Napoléon de 1804. Dans un deuxième temps, la loi Esquirol de 1838 a généré jusqu'en 1968 une protection particulière des aliénés, en liant la protection et l'internement. Ces dispositions ont finalement été réformées en 2007 et sont applicables depuis 2009. Cette réforme de 2007<sup>31</sup>, réorganisant la protection des majeurs atteints dans leur discernement, a représenté une avancée textuelle pour les patients atteints de troubles mentaux, particulièrement concernés. Bien que confrontée à des difficultés d'application, cette loi, qui remplace la loi de 1968, introduit deux principes essentiels. Il s'agit de l'extension de la protection non seulement aux biens, mais aussi à la personne et surtout du maintien d'une autonomie de décision de la personne, protégée pour les actes personnels.

---

31 Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. JORF n°56 du 7 mars 2007, page 4325, texte n° 12.



## Problématique.

La prise en charge spécifique des malades mentaux est sujette de longue date à controverse. Leur prise en charge pose d'abord un problème sanitaire, mais elle a largement à voir avec la préservation de l'ordre public et la sécurité des personnes. La prise en compte de ces derniers aspects vient limiter de manière significative les libertés individuelles des patients concernés. Le discours présidentiel de 2008 en disait long à ce propos. En effet, N. Sarkozy déclarait que « l'espérance, parfois ténue, d'un retour à la vie normale [...] ne (pouvait) pas primer en toutes circonstances sur la protection de nos concitoyens<sup>32</sup> ». C'est donc cette vision du malade mental, avant tout dangereux, qui imprègne les politiques publiques et l'évolution législative de la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle.

Le sociologue et ethnologue F. Bourricaud définissait le « contrôle social » comme un « ensemble de ressources matérielles et symboliques dont dispose une société pour s'assurer de la conformité du comportement de ses membres à un ensemble de règles et de principes prescrits et sanctionnés<sup>33</sup> ». Concrètement, il s'agit de l'ensemble des mécanismes de régulation, des comportements d'individus et des groupes d'individus, les rendant conformes aux normes et valeurs établies. Le contrôle social purement formel dépend des institutions en place. Il se manifeste par l'application de sanctions négatives ou positives. C'est cette conformité aux normes et valeurs qui est en effet garante de l'ordre social, défini comme le bon positionnement des individus et des groupes, les uns par rapport aux autres. La difficulté consiste à faire la différence entre le contrôle social légitime, donc justement nécessaire à la cohésion sociale, et celui qui devient un modèle de domination ou de coercition par la puissance publique. La distinction est particulièrement ténue. L'enjeu consiste à déterminer, par rapport à la norme généralement admise, le seuil de tolérance octroyé alors à la « différence » liée aux troubles mentaux. D'un point de vue sociologique, le contrôle social peut intégrer ou au contraire stigmatiser les individus. En réalité, il induit le plus souvent une domination des classes sociales intégrées sur les groupes à risque. Ces derniers nécessitent d'être contrôlés de manière à préserver les hiérarchies sociales. Précisément, en matière de troubles mentaux des forces antagonistes vont faire pencher alternativement le « fléau de la balance » entre sécurité et liberté, au gré de l'évolution de l'opinion, du débat politique et de l'écho médiatique. L'institution psychiatrique constitue intrinsèquement, de ce point de vue, une institution violente dans son rôle de protection de la société vis-à-vis de la maladie mentale. Il lui est assigné une mission paradoxale d'endiguer les débordements de la folie et de garantir, dans le même temps, les libertés fondamentales des malades qu'elle prend en charge.

Dans la pratique, les soins psychiatriques ne sont possibles qu'avec une prise de risques qui se révèle difficilement compatible avec des protocoles sécuritaires excessifs. La psychiatrie prévoit en effet des soins sans consentement privés de liberté, avec ou sans notion de risque de trouble à l'ordre public, ou pour la sûreté des personnes. Elle est également chargée des modalités de soins pour les malades mentaux détenus et des soins pénalement ordonnés. Elle est enfin convoquée par la justice, au titre de l'expertise de description, mais aussi de prévision des troubles et de la récidive. De fait, la psychiatrie et les malades mentaux se trouvent au centre de la controverse entre protection de la santé et des libertés individuelles confrontés aux exigences d'ordre public, c'est à dire au cœur d'un débat démocratique particulièrement mouvant. En conséquence, le droit et en particulier les droits des malades mentaux évolue sous des influences contradictoires. Le droit interne est plutôt orienté par le pouvoir politique vers un recul des libertés, mais en revanche, la jurisprudence constitutionnelle, tout comme l'influence du juge européen, évoluent dans un sens plus favorable au respect des libertés.

L'exposé général préalable au projet de loi, relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques, et aux modalités de leur prise en charge, visait prioritairement, selon le Gouvernement, une meilleure conciliation entre la liberté individuelle, la sauvegarde de l'ordre public et la protection de la santé. En l'occurrence, ce travail permettra d'observer et d'analyser, *in concreto*, les

---

<sup>32</sup> Discours de N.SARKOZY, Président de la République, Antony, 2 décembre 2008.

<sup>33</sup> Encyclopaedia Universalis, volume 17, 1995.

effets précis de l'application de la réforme du 5 juillet 2011. Ce texte a été adopté dans un contexte particulièrement passionné et certains, comme le magistrat S. Portelli<sup>34</sup>, redoutent « une vision très pessimiste de l'humanité, fondée sur la peur de l'autre [...] ». Selon le magistrat, le risque étant que l'« on ne croit plus dans la possibilité pour chacun de s'améliorer » et où « l'idée de rédemption, de rachat, de salut, héritée du christianisme, (ait) disparu [...] ». Le psychiatre H. Bokobza<sup>35</sup> soutenait pour sa part que le fait d'« enfermer les fous, les mettre en prison, les cacher du regard des autres humains (était) un crime social dont le prix à payer (était et serait) payé au prix fort, celui d'un retour à l'ancien régime ». Certains, comme le psychiatre auscitain O. Labouret, considèrent que « la psychiatrie traite désormais de la délinquance, de la déviance et finalement de toutes les défaillances [...] ». Pour lui, il ne s'agit plus de traiter des maladies précises, « mais la santé mentale de tous ». Enfin, selon la Ligue des Droits de l'Homme<sup>36</sup>, la psychiatrie, qui s'inscrit dans le champ de la protection des personnes vulnérables, ne devrait pas être le support de considérations sécuritaires. Nous essaierons dans ces travaux de vérifier la pertinence de ces hypothèses du juge et du psychiatre, très largement partagées, sans toutefois occulter le regard singulier des soignants. En effet, la parole du patient délirant est globalement considérée comme pathologique et de ce fait peu entendue par les soignants, notamment lorsqu'elle critique l'organisation des soins. Trop souvent, aucun caractère citoyen n'est accordé à cette parole, quand elle traite notamment du « vivre ensemble ». L'un des enjeux majeurs de ces travaux consiste à faire en sorte que la parole ne soit plus prise sous le seul angle de la pathologie. Il s'agit d'envisager la place de l'individu certes malade, mais avant tout sujet de droit. A ce titre, la dérogation spécifique au principe de droit commun du consentement, et du droit de refuser les soins, doit faire l'objet d'une réflexion permanente des professionnels concernés. Cette réflexion ne peut être que favorisée par le contrôle désormais omniprésent du juge judiciaire.

### **Annnonce du plan.**

Nous ne traiterons pas dans ces travaux le cas particulier de la prise en charge de détenus et des mineurs en psychiatrie. La situation spécifique de l'Infirmierie psychiatrique de la Préfecture de police de Paris (IPP) ne sera pas étudiée précisément. Ce sujet est largement commenté dans les travaux de S. Théron<sup>37</sup>. Cette institution est chargée de l'accueil des personnes atteintes de troubles mentaux dangereux à Paris. Elle rompt avec le principe d'égalité, puisqu'elle concerne les seuls citoyens se trouvant sur le territoire de la capitale française. Son rattachement à la préfecture de police signe, en fait, la suprématie des considérations d'ordre public et de contrôle social. Nous relèverons à ce propos que le législateur ne s'est à aucun moment préoccupé de cette anomalie dans la réforme du 5 juillet 2011. Il a renvoyé ce sujet à un rapport ultérieur. Le rapport en question conclue à la nécessité d'adosser l'IPP à un établissement de santé disposant de la mission de service public d'accueil, pour des soins psychiatriques sans consentement<sup>38</sup>. A aucun moment, la singularité permettant aux commissaires de police de prendre les décisions seulement à Paris, n'a été remise en cause par le législateur. De ce point de vue, la capitale semble toujours considérée avec un statut particulier lié à son histoire potentiellement subversive. Pourtant, d'après les recommandations du Contrôleur des lieux privatifs de liberté<sup>39</sup>, cette compétence particulière est insuffisante pour fonder l'existence de l'infirmierie psychiatrique de la préfecture de police. Selon le Contrôleur, elle serait identique si les mesures provisoires étaient prises dans les centres hospitaliers de droit commun. Si, de fait, l'établissement tire son origine de la compétence donnée au préfet de police en 1800, « le maintien de cette compétence

---

34 PORTELLI. S, « la justice française est en danger », Télérama, 4 juin 2011.

35 BOKOBZA. H, « La psychiatrie n'est pas une discipline sécuritaire », 3 décembre 2008, *blogs.mediapart.fr*

36 RIVET. G, groupe de travail, Santé, bioéthique de la LDH, *Réforme de la psychiatrie et politique sécuritaire*, Hommes & Libertés n° 153, janvier/février/mars 2011.

37 THÉRON. S, *Réflexions autour d'une institution singulière : l'Infirmierie psychiatrique de la Préfecture de police de Paris*, Revue de droit sanitaire et social, 2009, p.1061.

38 BLISKO. S et LEFRAND. G, *Rapport d'information n° 4402 de la commission des affaires sociales, sur la mise en œuvre de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.*

39 Recommandations du 15 février 2011 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté relatives à l'infirmierie psychiatrique de la préfecture de police. JORF 20 mars 2011. Texte 38 sur 72.

n'exige nullement le maintien de l'établissement sous sa forme actuelle ». Le Contrôleur recommande, en conclusion, au Gouvernement « le transfert des moyens de l'infirmier psychiatrique de la préfecture de police au dispositif hospitalier de droit commun ».

En ce qui concerne les détenus atteints de troubles mentaux, suite à la loi Perben de 2002, ils doivent être pris en charge en Unités d'hospitalisation spécialement aménagées (UHSA). Il s'agit de structures implantées dans les établissements psychiatriques, adaptées à la fois aux soins et à la procédure pénale<sup>40</sup>. Ces établissements, réellement opérationnels, devraient constituer un progrès évident pour la prise en charge des détenus, au regard des situations existantes particulièrement insatisfaisantes. Cependant, au vu des premières expériences, cela reste à vérifier.

Le respect des droits et libertés des malades mentaux soulève des problématiques contradictoires et complexes. Une approche argumentée et objective nécessite un examen en profondeur des différents dispositifs. Il s'agit précisément d'étudier les évolutions juridiques en lien avec les contextes sanitaires, sociologiques et politiques. L'objet de ce travail vise à apporter un éclairage spécifique sur le statut des malades mentaux sujets de droit, et sur leur citoyenneté. Il s'appuie sur un rappel historique de leur situation sanitaire et juridique, sur un bilan de l'existant, mais surtout sur une observation des évolutions actuelles. Précisément, il s'agira d'examiner en particulier l'évolution des droits des malades mentaux placés en situation de tension, entre l'application des textes et les remises en cause récurrentes par le Conseil constitutionnel. Dans un premier temps, nous aborderons les liens historiques entre trouble mental et dangerosité caractérisés par un long amalgame entre les deux notions. L'examen portera ensuite sur l'évolution historique du sort des malades mentaux, à la fois d'un point de vue psychiatrique et juridique. Il sera complété par l'étude consacrée au cheminement complexe de la psychiatrie entre la protection de la santé et la préservation des libertés individuelles, et face aux exigences de l'ordre social. L'objet de ces travaux vise également à mettre en évidence l'influence grandissante des juges. Il s'agit tout d'abord d'observer le rôle du juge européen, qui exerce une influence grandissante sur le droit interne à propos du sort des malades mentaux. Il s'agit également d'examiner la nouvelle place du juge constitutionnel, qui exerce également désormais un rôle majeur. Il intervient en effet dans le cadre de ses nouvelles prérogatives de contrôle au regard de la protection des droits et des libertés individuelles garantis par la Constitution. Ces travaux examineront enfin la prise en compte des nouvelles exigences par le législateur, ainsi que l'application concrète des dispositions et des effets qui en découlent à l'égard du patient.

---

40 Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, article 48. JORF du 10 septembre 2002, page 14934 texte n° 1.

## **PARTIE 1 : UN LONG AMALGAME ENTRE TROUBLE MENTAL ET DANGÉROSITÉ.**

A propos de la psychose qui représente la pathologie mentale la plus grave, l'anthropologie médicale s'appuie sur l'observation du stigmaté. En effet, à travers l'histoire les personnes atteintes de maladies mentales graves ont toujours été stigmatisées et par voie de conséquence marginalisées. Cette marginalisation de la différence constitue une réponse humaine classique retrouvée à travers toutes les époques. Le malade mental qui nous est à la fois semblable et différent provoque notre crainte et notre prise de distance. De fait, il n'est pas étonnant de retrouver les personnes atteintes de maladies mentales graves statistiquement sur représentées dans les populations marginalisées. La maladie mentale et la folie font historiquement l'objet de craintes. Le malade mental a été longtemps soustrait au droit commun pour son propre bien ou pour la protection d'autrui. Le pouvoir médico-administratif et l'organisation institutionnelle ont longtemps entravé ses libertés individuelles : libre choix du praticien, liberté d'aller et venir, traitement forcé, impossibilité de communiquer. Ces restrictions ne reposaient pas sur des critères clairs et laissaient un champ important à l'arbitraire et à la subjectivité. A ce jour, la société est toujours ambivalente à l'égard des malades mentaux. Selon le cas, elle est partagée entre l'indignation, face à l'enfermement abusif, et la peur de la folie synonyme de danger. Contrairement au bien-portant, le « malade mental » trouble fréquemment le code moral communément admis par la société. La personne soliloque et son discours est bizarre et inquiétant, voire parfois indécent. L'hygiène corporelle est parfois douteuse, souvent associée à l'errance et à des conduites alcooliques et (ou) toxicomanes. Il n'y a rien d'organique dans les signes cliniques de la « maladie » mentale et de plus ces comportements menacent le code éthique et l'organisation de la collectivité. Ils dépassent parfois les limites de la bienséance qui fait consensus social. A propos de la violence supposée des malades mentaux, le psychiatre J-L. Senon<sup>41</sup> constatait en 2005 une tension dans les rapports entre la justice et la psychiatrie. D'après le praticien, « La psychiatrie est considérée tour à tour comme liberticide ou trop libérale » et nos sociétés demandent au psychiatre d'être présent dans toute violence et face à chaque délinquant. Cette approche qui se trouve largement partagée par le corps social est révélatrice de la confusion entre crime et folie. De fait les troubles observés et certains faits divers confèrent au malade mental une image inquiétante et durable de dangerosité. Le corps social assigne donc à la psychiatrie non seulement un rôle sanitaire mais également de contrôle social sur ces patients. Ce rôle plus ou moins explicite se révèle par des pratiques coercitives variables à l'égard des malades mentaux selon les époques et leur contexte. C'est cette évolution que nous allons tenter de décrire dans un premier temps.

---

41 SENON. J-L, *Évolution des attentes et des représentations en clinique dans les rapports entre psychiatrie et justice*. L'Évolution psychiatrique, n°70. 2005.



## **TITRE 1 : L'APPROCHE HISTORIQUE DU TRAITEMENT DES MALADES MENTAUX.**

Une rétrospective, historique synthétique, s'impose pour comprendre au mieux l'évolution du traitement des malades mentaux à travers le temps. Le terme de traitement recouvre ici leur prise en charge au sens large et pas seulement d'un point de vue sanitaire. Le hasard laisse peu de place à cette évolution. Le sort des malades mentaux est tributaire des changements politiques et sociologiques ainsi que des progrès scientifiques. Quatre grandes étapes sont essentielles. Ainsi, l'Ancien-régime, le siècle des « lumières » et la Révolution, le XIXe siècle avec la loi Esquirol et le XXe siècle et ses épisodes majeurs feront l'objet d'un examen particulier.



## **CHAPITRE 1. L'ÉVOLUTION DE L'ALIÉNISME À LA PSYCHIATRIE.**

La psychiatrie est née dans le prolongement de la Révolution Française, donc sous l'influence des « lumières », mais la loi de 1838, relative aux aliénés, est intervenue dans une société très libérale, politiquement instable nécessitant de protéger l'« ordre bourgeois ». Les malades mentaux ont ensuite subi le pire pendant la période nazie sous l'influence des théories eugénistes. Les progrès de la deuxième moitié du XXe siècle se sont réalisés en opposition aux horreurs de la seconde guerre mondiale. Aujourd'hui, dans le prolongement des événements du 11 septembre 2001 et de faits divers rares mais très médiatisés, les malades mentaux sont à nouveau considérés dans la catégorie des populations à risque pour la sécurité et l'ordre public.

### **SECTION 1. LE SORT DES MALADES MENTAUX DE L'ANCIEN RÉGIME À LA RÉVOLUTION.**

Le sort des malades mentaux est historiquement peu enviable. Il faudra attendre la révolution de 1789 influencée par la philosophie des « lumières » pour voir véritablement évoluer la situation juridique des malades mentaux grâce à une intervention déterminante de l'aliéniste P. Pinel.

#### **§1. Du Moyen-âge au siècle des « lumières ».**

Sous la Rome antique, les malades mentaux que l'on croyait maudits par les dieux étaient précipités de la Roche Tarpéenne comme les criminels. Plus tard, le premier hôpital psychiatrique d'Europe a vu le jour en 1409 à Valencia (Espagne), pour protéger les insensés. Deux notions essentielles fondaient la prise en charge. Il existait la maladie mentale « tranquille », bien tolérée par la société et la maladie mentale « furieuse », moins tolérée nécessitant l'accueil en structure spécialisée. Il fallait donc protéger le malade mais aussi la société. Jusqu'à la Renaissance, il n'est pas question de maladie mentale et la science ne progressera quasiment pas. Dans la société médiévale prédominent mysticisme et superstition. Selon les préceptes de charité chrétienne, les « insensés » bénéficient d'une certaine bienveillance. Il n'existe pas alors de soins au sens médical mais la communauté prend soin d'eux dans le cadre de la solidarité. Cependant, si les troubles prennent un caractère odieux ou blasphématoire, les malades sont considérés comme possédés par le mal. La folie est alors assimilée à une manifestation du péché, une punition divine, voire le signe d'une possession diabolique. Le seul recours réside alors dans la religion. Les prêtres sont sollicités au titre de l'exorcisme et les « fous » sont parfois amenés en pèlerinages en vue d'implorer les saints. Face à cette peur irrationnelle générale, seuls quelques érudits se livrent à une embryonnaire réflexion théorique et philosophique. D'un point de vue médical, philosophique ou psychologique, plusieurs conceptions s'opposent. L'école naturaliste est notamment défendue par St-Thomas D'Aquin (1224-1225) lorsqu'il décrit l'*insania*<sup>42</sup>. Il considère que la folie passionnelle et la perte de raison qui l'accompagne n'est pas sous-tendue par une volonté de faire le mal. Il est un des rares à ne pas faire référence au péché et au diable, mais à la notion de « complexion ». Cette notion, héritée d'Hippocrate, représente l'ensemble des caractères physiques que présente une personne considérée par rapport à sa pensée. L'approche organique est plutôt privilégiée par les médecins arabes, en particulier Avicenne (980-1037), qui est l'auteur du « Canon de médecine ». Cette œuvre constitue à l'époque l'ouvrage de référence traitant de la médecine tant en Europe que dans les pays arabes.

Au Moyen-âge, du point de vue pénal et conformément au droit romain, la justice peut prononcer l'incapacité d'un sujet pour cause de folie. Cependant il n'existe aucun lieu d'accueil pour les « fous ». Seuls les « furieux » auteurs de troubles sont enfermés dans les murs des fortifications des cités dans le but de protéger la société. Les hôtels-Dieu, institutions de charité et d'assistance, n'ont pour leur part aucun local adapté pour accueillir les malades mentaux. Quant aux « fous » vagabonds, ils sont repoussés d'une ville à l'autre et condamnés à l'errance. En fait, la France restera longtemps démunie

---

42 GRULIER. JC, *Petite histoire de la psychiatrie allemande*, éditions l'Harmattan, 2006.



en structures de soins et de réclusion spécialement adaptés aux malades mentaux. Les premières institutions adaptées apparaîtront en Belgique à partir du XIIe et XIIIe siècle, mais c'est en Espagne qu'apparaissent les premiers asiles réservés aux malades mentaux.

La Renaissance, qui représente une période *a priori* plus « éclairée », sera synonyme de tragédie pour les malades mentaux. Le *Malleus Maléficarum*<sup>43</sup>, guide de l'inquisition, est utilisé dès 1487. Il amalgame officiellement la sorcellerie, l'hérésie et la folie. Pendant cette période d'inquisition, les « fous » subissent le même sort dramatique que les « sorciers », c'est à dire qu'ils sont généralement torturés et finissent sur le bûcher. A la fin du XVIIe siècle, le climat de peur lié aux affaires de sorcellerie s'estompe avec les progrès de la médecine et de la clinique qui identifient des situations de « délire ». La référence au diable pour expliquer les troubles devient dépassée. La sorcellerie est finalement considérée comme superstition et c'est un édit royal de 1682 qui met officiellement un terme aux poursuites pour faits de sorcellerie<sup>44</sup>.

Au XVIIe siècle, face à une recrudescence de la mendicité, du vagabondage, du banditisme et de la prostitution, le pouvoir royal mena une politique d'enfermement systématique dans les établissements dépendant de l'hôpital général grâce à l'Édit de 1656. Cette politique que M. Foucault<sup>45</sup> appela « grand renfermement », répondait à des nécessités d'ordre public sans le moindre souci médical. A Paris, il s'agissait d'accueillir selon les termes utilisés, les pauvres « de tous sexes, lieux et âges », de quelques « qualité et naissance » et en quelque « état qu'ils puissent être, valides ou invalides, malades ou convalescents, curables ou incurables ». L'hôpital général de l'époque a peu à voir avec les hôpitaux d'aujourd'hui. C'est un lieu certes d'hébergement, mais aussi d'enfermement et sujet à de nombreuses dérives maltraitantes. Il comporte des espaces spécifiques réservés aux « fous », mais ceux-ci sont mal tolérés et relèvent de conditions de vie particulièrement difficiles. A côté de ces établissements existent en France des institutions religieuses spécialisées qui, encore aujourd'hui, assurent la mission de service public des centres hospitaliers spécialisés. M. Foucault situe vers 1656 la date de mutation des normes bourgeoises qui ont forcé les malades mentaux à se réfugier dans les hôpitaux généraux. A cette époque, les productifs ne devaient plus être dérangés par les improductifs réformés selon les critères de la morale bourgeoise. Le comportement du fou ne devait pas nuire aux « bonnes mœurs [...] au travail, à la responsabilité, la capacité, la propreté [...] ». Ce sont les officiers du roi, gardiens de la paix, qui jugeaient de la normalité du comportement sur le plan économique et moral. Le fou se trouvait ainsi banni du circuit des rapports sociaux, comme tous les individus potentiellement porteurs de désordre, de violence, de bestialité ou de criminalité. Le fou était assimilé aux vagabonds, libertins, prostituées et criminels. Louis XIV a instauré les « lettres de cachet » et les « maisons de force » tenues par des religieux, dans lesquelles sont enfermés les insensés. Les dépôts de mendicité ont été créés par la suite à l'initiative de Louis XV et c'est seulement sous le règne de Louis XVI que le contrôleur général Turgot envisagea des droits pour ces patients. Sous l'Ancien Régime, les atteintes à la sûreté, c'est-à-dire les détentions arbitraires par lettre de cachet du pouvoir royal, ont été dénoncées avec virulence par les philosophes de l'époque des « lumières ». Enfin, c'est Necker, succédant à Turgot, qui instaura une inspection de ces structures d'accueil.

## §2. Du « siècle des lumières » à la Révolution de 1789 : folie et ordre public.

Les malades mentaux vont peu à peu changer de statut. De sujets de Dieu, ils vont devenir sujet du Roi et de son pouvoir absolu, ce dernier étant assimilé à Dieu sur terre. A cette époque prérévolutionnaire, il n'existait pas plus de médecin spécialiste que de législation spécifique, pas plus que d'établissement, exclusivement réservé aux fous. Dans le même temps, en parallèle à l'essor des villes, le chômage et la délinquance ont fait leur apparition. Les dépôts de mendicité créés en 1767 par Louis XV étaient des lieux de police destinés à préserver l'ordre public. Ces établissements ont servi à interner tous les individus qui ne répondaient pas à la norme du groupe. Cela concernait les mendiants, les vieillards, les

43 Littéralement : « Marteau des sorcières ou marteau contre les sorcières. Traité des moines dominicains allemands.

44 ARNOULD. C, *Histoire de la sorcellerie en Occident*, Taillandier, 1992.

45 FOUCAULT. M, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, 1979.

débiles, les criminels, les prostituées et les malades mentaux. Les malades étaient soumis à plusieurs procédures d'internement basées sur les usages et la jurisprudence de l'Ancien régime<sup>46</sup>. La principale procédure présentait des similitudes avec les « placements d'office » de la loi du 30 juin 1838 et les « hospitalisations d'office » de la loi du 27 juin 1990.

La fin de l'Ancien Régime est marquée par à une médicalisation progressive des soins aux malades mentaux, qu'il convient de relativiser au regard de l'époque concernée. Il est admis que la folie est médicalement curable et que le but du traitement par des moyens physique est la guérison. Le terme de médicalisation est toutefois à resituer dans son contexte car le « traitement » vise le trouble et consiste alors en des mesures qualifiées d' « énergiques ». Concrètement, il s'agissait entre autre de saignées, bains, purges et douches froides. Dans la période préévolutionnaire, selon les principes émis par les religieux<sup>47</sup>, les internements étaient de trois ordres. Devant les manifestations de « folie », l'intervention était demandée par la famille ou les proches. La demande d'internement par la famille était formulée de manière verbale ou écrite. La famille s'adressait à l'autorité du Roi, au moyen d'un placet, énumérant les faits nécessitant l'internement, parfois accompagné d'un certificat médical et d'une attestation du curé de la paroisse. Le ministre prenait une décision après enquête administrative et délivrait éventuellement une lettre de cachet signée du Roi. L'internement pouvait aussi intervenir d'office par ordre du Roi qui délivrait une lettre de cachet, ou un ordre anticipé en cas d'urgence. Enfin, il existait également le placement par ordre de justice. Dans ce dernier cas, l'autorité judiciaire ordonnait le placement ou obligeait la famille à le demander. Les régimes de séjour pouvaient être la liberté, la semi-liberté ou le régime de la force avec à l'extrême le cachot pour les agités. Les motifs les plus courants invoqués pour demander l'intervention de l'autorité étaient les risques de suicide et d'incendie. Cependant, les troubles rapportés étaient multiples et de gravité variable. Il s'agissait d'incurie, de tapages, injures et menaces, de violence effective ou virtuelle, de blasphèmes ou prodigalité, mais également de délires mystiques, religieux et mégalomaniques, qui étaient particulièrement fréquents et accompagnés d'agitation. Les motifs d'internement visaient à « protéger le public » ainsi que le fou lui-même. Littéralement, certaines ordonnances étaient rédigées en ces termes<sup>48</sup> : « y sera conduit pour empêcher ou pour prévenir les accidents funestes, éviter le péril ou les malheurs qui pourraient arriver tant a son préjudice qu'a celui du public ». Les ordonnances de séquestration de l'époque font notamment mention des termes et expressions tels que : « insensés », « à titre de fou et d'insensé », « attendu l'aliénation de son esprit », « faire de donner les secours et les remèdes convenables à son état » ou « à l'effet d'y être traité, soigné, pansé et médicamenté ». Ces rédactions évoquaient clairement à la fois un but thérapeutique, une intention curative et la préoccupation du maintien de l'ordre public. En 1785, un quartier réservé aux insensés, fut prévu dans chaque dépôt de mendicité. Par la suite, c'est un décret des 16 et 27 mars 1790 qui est venu encadrer la mise en liberté des prisonniers insensés par lettre de cachet.

### **§3. La Révolution de 1789 : le rôle majeur de P. Pinel.**

La Révolution française de 1789 amène un changement dans l'approche et le traitement de l'aliénation et dans l'organisation des établissements destinés aux malades mentaux. Déjà en 1784, la circulaire du baron de Breteuil assouplissait les règles d'internement. Le système de l'interdiction ou d'incapacité juridique fut institué par le ministre Breteuil partisan de la judiciarisation des mesures de détention. Il prévoyait une interdiction préalable proposée par jugement et frappant d'incapacité juridique les personnes dont on demandait la détention pour cause d'aliénation d'esprit. Cette interdiction constituait la lointaine origine des mesures de protection qui viendront ensuite. La circulaire dans sa rédaction, préconisait aussi des durées précises pour ces mesures. Le texte indiquait : « Quand vous me proposerez l'expédition d'ordres demandés par les familles, marquez-moi la durée que doit avoir la

46 CAIRE. M, *Folie et ordre public à Paris au XVIIIe siècle*, Nervure, Journal de psychiatrie, 2005, n°8, conférence donnée le 14 avril 2005 à l'Infirmierie Psychiatrique de la Préfecture de Police, Paris.

47 Règlement général de 1765 des maisons des Frères de la Charité.

48 CAIRE. M, *Folie et ordre public à Paris au XVIIIe siècle*, Nervure, Journal de psychiatrie. 2005, n°8; conférence donnée le 14 avril 2005 à l'Infirmierie Psychiatrique de la Préfecture de Police, Paris.

détention. Je crois qu'en général, et sauf circonstances particulières, elle ne doit pas s'étendre au-delà de deux ou trois ans pour les hommes, lorsqu'il y a libertinage ou bassesse ». C'est en 1790 que l'Assemblée nationale a aboli définitivement les lettres de cachet. A partir de 1789, tout homme n'est plus sujet du Roi, mais devient citoyen. Précisément, la loi des 16 et 24 août 1790 disposa que « les aliénés ne peuvent être placés dans un hospice ou une maison de santé, qu'en vertu d'un jugement qui prononce leur interdiction ». L'interdiction par voie judiciaire était une procédure longue mais légale d'internement des aliénés suite à la promulgation de la loi de mars 1790 abolissant les lettres de cachet. En fait, la longueur de la procédure judiciaire nécessitait une mesure administrative provisoire plus rapide en amont du jugement. Le principe de sûreté est inscrit dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, comme protection contre la détention arbitraire. Il constitue l'un des quatre principaux droits naturels de l'homme. Toutefois, les malades mentaux n'ont pas été concernés d'emblée par l'abolition des lettres de cachet. Selon les constituants de 1790, ils devaient être visités au préalable par un médecin statuant sur leur aliénation avant une éventuelle libération<sup>49</sup>.

En terme strict d'organisation sanitaire, c'est en 1793 que Pinel fut nommé médecin des infirmeries de Bicêtre, institution où il rencontra J-B. Pussin, « gouverneur de l'emploi des fous », c'est à dire gardien en chef. Dans un deuxième temps, en 1795, Pinel fut nommé à la Salpêtrière où il sera rejoint par Pussin. En 1801, il publia le « Traité médico-philosophique de l'aliénation mentale », où se dessinent les voies d'une réforme profonde pour la prise en charge des malades mentaux. Le traité sera à nouveau publié en 1809, enrichi par l'expérience de Pinel, mais aussi par l'approche empirique et l'expérience de Pussin. D'un point de vue sémantique, ce qui n'est pas encore la psychiatrie devient la médecine « spéciale », médecine mentale ou « aliénisme », qui trouve sa place au sein de la médecine générale. Par son action, Pinel bouleversa le regard sur les fous en affirmant qu'ils pouvaient être compris et soignés. Influencé par les philosophes des « lumières », il œuvra pour l'abolition des « chaînes » qui liaient les malades mentaux et pour l'humanisation de leur traitement. Préconisant « un traitement moral » qui anticipait nos psychothérapies modernes, il suivait ainsi les préceptes du philosophe allemand Hegel, pour qui la seule restriction des aliénés ne pouvait être liée qu'à leur sécurité et à celle des autres. Dans son traité médico-philosophique, Pinel a théorisé, simplifié et rationalisé la classification des troubles, constituant ainsi la première nosographie des troubles mentaux. D'un point de vue pratique, les institutions spécialisées étaient chargées du traitement physique des troubles aigus et du traitement moral. Cette prise en charge était basée sur l'isolement des patients et une organisation rationnelle hiérarchisée. Il est important de souligner que l'isolement était une condition fondamentale de la prise en charge préconisée par Pinel, puis plus tard par son élève Esquirol. Cependant, même si les prises en charge écartaient de la société une catégorie de patients, elles s'appuyaient sur des considérations d'abord médicales. Concrètement, en 1802, les salles de « fous » et de « folles » de l'Hôtel-Dieu de Paris seront fermées. Elles ont été remplacées par la Maison de Charenton où seront admis les hommes et la Salpêtrière qui recevra les femmes malades. Ainsi, l'établissement précurseur du futur asile départemental voit le jour. Il se trouve préféré à l'hôpital qui a mauvaise réputation à cette époque. Dans ces asiles, seront soignées par un médecin aliéniste, toutes les formes de l'aliénation mentale. Il faut toutefois tempérer une vision trop optimiste du traitement des malades mentaux à cette époque. Pour Foucault<sup>50</sup>, Pinel n'a en fait appliqué qu'une « thérapie par aversion », avec entre autre douche glacée et camisoles de force, constituant un traitement brutal, visant à faire intégrer une norme au patient. Dans les faits, faute de traitements chimiques, les « traitements » qui ont prévalu jusqu'à la fin du XIXe siècle s'apparentent beaucoup à des actes qui ressemblaient plutôt à de la torture.

En matière d'internement provisoire sous le 1<sup>er</sup> Empire, les législateurs confirmèrent la compétence préalable des préfets. L'interdiction par voie judiciaire n'intervenait qu'ultérieurement pour autoriser le maintien de la mesure. C'était soit la famille ou le ministère public, demandeurs de l'interdiction, qui déclenchaient la procédure judiciaire après le placement décidé par le préfet. La procédure consistait à

---

49 Article IX du décret de l'Assemblée constituante du 12-16 mars 1790.

50 FOUCAULT. M, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, 1979.

interroger la personne concernée, auditionner les témoins et prendre l'avis des officiers de santé. Au terme de l'instruction, le tribunal maintenait la mesure du préfet ou ordonnait la remise en liberté. La circulaire<sup>51</sup> du 17 septembre 1804 du ministre de l'intérieur Portalis formalisa les principes d'internement sous l'Empire. Selon sa rédaction, « Les furieux (devaient) être mis en sûreté, mais ils ne (pouvaient) être détenus qu'en vertu d'un jugement que la famille (devait) provoquer ». Le jugement d'interdiction était donc en principe un préalable à l'admission de toute personne dans un établissement d'aliénés. Enfin, concernant les actes délictueux ou criminels, le Code pénal de 1810 a introduit une nouveauté importante en droit pénal dans son article 64. Ce dernier disposait que le criminel en état de démence, au moment de l'acte était pénalement irresponsable. Cette disposition fondamentale du droit pénal restera en vigueur jusqu'à l'adoption du nouveau Code pénal en 1994. Elle constituera durablement la référence en matière d'expertise psychiatrique pénale. Entre l'abolition des lettres de cachet en 1790 et la promulgation de la loi de 1838, la prise en compte des aliénés s'est opérée sans règle uniforme. Hôpitaux généraux, Hôtel-Dieu, Maisons privées laïques ou religieuses ont traité, sans garantie de protection des libertés individuelles et sans règle concernant la prise en charge, des malades dangereux pour eux-mêmes ou pour autrui.

## **SECTION 2. DE LA MONARCHIE DE JUILLET A LA SECONDE GUERRE MONDIALE.**

La loi portée par l'aliéniste Esquirol, adoptée en 1838, constituait un texte fondateur pour la psychiatrie. Elle a d'ailleurs bénéficié d'une longévité exceptionnelle malgré les événements majeurs successifs qui jalonnent le XIXe et le XXe siècle. Ce texte était toutefois le reflet d'une société sans protection sociale, encore instable, n'ayant pas encore choisi entre monarchie et République et surtout dominée par la grande bourgeoisie. La Loi de 1838 était basée sur le principe « qu'un fou doit être considéré sous trois aspects : comme malade, comme coupable de nuire et comme interdit ». Selon la loi de 1838, le danger ne pouvait apparaître que si le patient n'était pas assisté, et si le désintérêt familial, ou l'absence de tout proche susceptible de l'aider, risquaient de le laisser divaguer dans l'espace public. Cette législation répondait donc à un contexte social et familial particulier. L'autorité municipale ou préfectorale disposait à titre subsidiaire, de la possibilité d'agir par le biais des mesures de police administrative, à la place de l'entourage défaillant.

### **§1. La Loi « Esquirol » de 1838.**

Avant 1838, n'importe qui pouvait facilement faire interner autrui. Malgré l'intervention d'un jugement d'interdiction, les abus étaient tout de même assez fréquents. Ainsi, des personnes étaient internées sous prétexte de folie, ce qui permettait à la famille ou aux proches de récupérer leurs biens. De plus, les conditions d'internement étaient mal définies et les internés vivaient dans des conditions misérables. Ce sont les aliénistes Pinel, Falret, Ferrus et surtout Esquirol qui sont à l'origine de la loi du 30 juin 1838<sup>52</sup>. Cette loi d'assistance et de sûreté, générale et spécifique, organisait l'hospitalisation dans les établissements publics et privés ainsi que la protection des malades et de leurs biens. Promulguée sous la Monarchie de juillet, cette loi est restée en vigueur jusqu'à la loi du 27 juin 1990. Elle encadrera pendant plus de cent cinquante ans la situation des malades mentaux internés ou pas. Largement inspirée des idéaux philanthropiques et humanistes du XVIIIe siècle, elle organisait la psychiatrie en France suivant plusieurs logiques. Dans le contexte de l'époque, elle a amélioré les conditions d'accueil et de soins des malades mentaux en chargeant chaque département de l'organisation et de la charge financière des asiles d'aliénés. Son article premier prévoyait que chaque département « était tenu d'avoir un établissement public, spécialement destiné à recevoir et soigner les aliénés [...] ». Elle a également mis en place des mesures de protection de la société, contre les risques que faisaient courir les aliénés à la population. Enfin, elle a réglementé les conditions d'hospitalisation sans consentement dans un asile d'aliénés, ainsi que les mesures légales de protection des libertés individuelles et des biens des personnes internées. Le but affiché de cette loi était de mettre fin aux pratiques inhumaines

51 Réclusion d'insensés : circulaire du ministre de l'Intérieur à Messieurs les Préfets des départements, 17 septembre 1804.

52 Loi sur les aliénés n° 7443 du 30 juin 1838.

de traitement de la maladie mentale. L'article 13 évoquait un certain « rétablissement » du malade mental puisqu'il disposait que « toute personne placée dans un établissement d'aliénés cesserait d'y être retenue aussitôt que les médecins de l'établissement auraient déclaré sur le registre énoncé en l'article précédent, que la guérison est obtenue ». La loi de 1838 encadrait deux types d'hospitalisation. Elle prévoyait les cas de « placement d'office » sur décision du préfet qui concernait les personnes affectées de troubles mentaux, lorsque les troubles portaient atteinte à l'ordre public ou à la sûreté des personnes. Elle encadrait également le « placement volontaire », décidé par le directeur d'hôpital, sur demande d'un tiers, lorsque les troubles nécessitaient un traitement et un enfermement. Cette loi différençait les personnes atteintes de troubles mentaux selon qu'elles menaçaient ou pas pour l'ordre public et la sûreté des personnes, mais elle ignorait totalement le cas de l'hospitalisation libre. Les « placements d'office » prenaient fin par arrêté préfectoral, au vu d'un rapport médical. Les patients en « placement volontaire » pouvaient sortir sur la demande d'un tiers, à tout moment, et sur demande du psychiatre, en cas de guérison. Le placement d'office puis l'hospitalisation d'office constituaient depuis 1838 des mesures de police administrative spéciale. Ce pouvoir de police spécial était exercé par le préfet pour les décisions d'hospitalisation, par le maire ou les commissaires de police à Paris, compétents dans les cas de « danger imminent pour la sûreté des personnes ». Le régime particulier de la ville de Paris subsiste toujours aujourd'hui. La loi de 1838 visait à la fois à protéger la société des individus « aliénés » et une prise en charge médicale des personnes atteintes de troubles mentaux. Elle résulta toutefois d'un compromis entre une vision soignante et l'aspiration sécuritaire de la société bourgeoise de l'époque et fut marquée par un retour à l'internement administratif. Malgré certaines avancées, l'approche de prédilection appliquée jusqu'en 1990 demeura basée sur le principe de l'isolement et de l'enfermement. Depuis Esquirol, les asiles d'aliénés étaient en fait conçus pour centraliser les malades et les retirer de la société<sup>53</sup>. Malgré la loi de 1838, ce n'est qu'à la fin du Second Empire et aux débuts de la IIIe République que l'on a effectivement construit les asiles d'aliénés. Entre 1870 et 1930, le taux d'internement des aliénés français augmentera de quatre-vingts pour cent sans que le nombre d'établissements n'évolue en parallèle<sup>54</sup>. Nous verrons que cette surpopulation expliquera certaines dérives ultérieures. Malgré les espoirs entrevus lors de la Révolution, cette époque se situe finalement dans la continuité du « grand renfermement » décrit par Foucault. Ce n'est qu'un siècle après la loi Esquirol que l'asile d'aliénés prendra la nouvelle appellation d'hôpital psychiatrique départemental. Cependant, l'évolution sémantique n'était pas complète, car si la circulaire<sup>55</sup> du 5 février 1938 ne parlait plus d'asile, elle continuait toujours d'utiliser le terme d'aliénés plutôt que celui de malades. C'est à partir de la loi de 1838 que l'expertise psychiatrique apparaît dans le cadre des procédures judiciaires. Déjà en 1835, dans la célèbre affaire *Pierre Rivière*<sup>56</sup>, un juge d'instruction avait saisi un psychiatre pour évaluer la responsabilité de ce dernier. Mais ce n'est que sous le Second Empire que les premières ordonnances de non-lieu pour démence vont être prononcées à la suite de l'adoption de la loi de 1838.

D'un point de vue sociologique le XIXe siècle est une période socialement très dure pendant laquelle les conditions de vie des malades mentaux restent misérables. N'oublions pas qu'il s'agit d'une époque caractérisée par un libéralisme non régulé. Les masses ouvrières et la population générale connaissent des conditions de vie particulièrement difficiles et obtiennent très difficilement une protection sociale et des conditions de vie plus humaines. Cette période d'expansion industrielle et de libéralisme se caractérise, selon l'expression de Balzac<sup>57</sup>, comme le « règne de la pièce de cent sous ». Autant dire que la condition des malades mentaux ne constituait pas une priorité à cette époque, dès lors qu'ils ne troublaient pas l'ordre établi. Au début du XXe siècle la situation n'était guère meilleure. Le journaliste

---

53 POSTEL. J et BING. F, *Philippe Pinel et les concierges*, dans : *Penser la folie, essais sur Michel Foucault*, Paris, Galilée, 1992, p.195.

54 TOULOUSE. E, DUPOUY. R, MOINE. M, *Statistique de la psychopathie*, Annales Médico-Psychologiques, 1930, 12ème série, t.II, p. 391-404.

55 Circulaire du 5 février 1938 relative à la révision des règlements intérieurs des hôpitaux psychiatriques, Ministère de la santé publique, Direction de l'hygiène et de l'assistance, 1er bureau.

56 Archives départementales du Calvados, crédits de rédaction de l'article : BANAT-BERGER. F, conservateur général du patrimoine et CHESNOY. A, chargée d'études documentaires, 2008.

57 BALZAC, *Eugénie Grandet*, Flammarion, 1987.

A. Londres, qui n'était ni juriste ni psychiatre mais simple observateur, demeure une grande figure du journalisme d'investigation de l'époque. Son travail se révélera essentiel à propos des situations de détention en général et des conditions des malades mentaux en particulier. Dans un premier temps, très sensible à la condition des personnes privées de liberté, il a joué un rôle majeur pour les droits des personnes détenues au bagne. En 1925, il a vivement critiqué la loi de 1838<sup>58</sup> après avoir visité plusieurs asiles d'aliénés, dont Braqueville<sup>59</sup> à Toulouse. A. Londres écrivait alors : « L'article 64 du code pénal de 1810 fait bénéficier d'un non-lieu ou fait acquitter le personnage principal de la pièce, lequel porte toujours le nom d'aliéné criminel. Aussitôt, la loi de 38 s'empare du monsieur ». Il affirmait dans ces écrits que « [...] la loi de 38 n' (avait) pas pour base l'idée de soigner et de guérir des hommes atteints d'une maladie mentale, mais la crainte que ces hommes inspirent à la société. C' (était) une loi de débarras ». Londres considérait que « la loi de 1838, en déclarant le psychiatre infaillible et tout-puissant, (permettait) les internements arbitraires et en (facilitait) les tentatives ». Selon le célèbre journaliste, « sous la loi de 38, les deux tiers des internés (n'étaient) pas de véritables aliénés. D'être inoffensifs, on (faisait) des prisonniers à la peine illimitée ». Comme l'avait dénoncé A. Londres dans son récit, dès la mise en application de la loi de 1838, les psychiatres ont exercé des pouvoirs avec une vision particulièrement coercitive. Ainsi, à l'époque, il dénonçait des aliénistes qui « (sentaient) se déchirer leur cœur lorsqu'ils signent un bulletin de sortie [...] ». Ces derniers lui répliquaient : « vous avez raison, [...] amendons la loi de 1838, mais non point dans le sens que vous supposez, au contraire! Rendons l'internement plus commode ». Ainsi, de tout temps, les psychiatres vont être, selon le cas, accusés de fermeté excessive et d'internement arbitraire, ou alors, *a contrario*, taxés de laxisme en laissant déambuler en liberté des « fous dangereux ». Cela suscitera des polémiques tenaces, au gré des faits divers, qui perdurent encore de nos jours.

Malgré sa longévité et sa révision tardive, la loi de 1838 fit l'objet de vives critiques en ce qui concerne les modalités d'internement qui dérogeaient au principe constitutionnel mais également à propos de l'hospitalisation libre qui n'avait pas été prévue par le législateur. La loi de 1838 revenait surtout sur un principe essentiel issu de la Révolution, notamment un retour à l'internement administratif, sans recours systématique au juge judiciaire. A ce propos, certains soutiennent l'hypothèse selon laquelle la monarchie constitutionnelle de Louis Philippe a adopté la loi du 30 juin 1838 pour juguler, entre autres, les « classes dangereuses ». Il s'agirait d'une réaction aux émeutes des années 1830 à 1834. Lors de vote relatif à la loi du 30 juin 1838, certains Pairs de France se sont alors insurgés contre ce qu'ils considéraient comme un retour des lettres de cachet. Le Duc de La Rochefoucauld-Liancourt dénonçait le fait que la famille soit évincée aussi bien que la magistrature. Les propos du ministre de la justice Portalis<sup>60</sup> (fils) lors d'un discours officiel en 1838, sont, de ce point de vue, sans ambiguïté. Ce dernier déclarait : « nous ne faisons pas une loi pour la guérison des personnes [...] atteintes d'aliénation mentale; nous faisons une loi d'administration de police et de sûreté ». En sus, le ministre de l'intérieur donna face à l'Assemblée la justification suivante à la loi sur les aliénés. Il s'agissait de « prévenir des accidents analogues à ceux que la police administrative embrasse dans sa sollicitude, en vue desquels elle a été instituée, tels que les inondations, les incendies, les fléaux de tout genre, les dangers qui menacent la salubrité publique ou même le repos des citoyens ». Toujours devant la chambre des pairs, Portalis expliqua qu'il ne s'agissait plus « comme le faisait la législation antérieure, un simple pouvoir que nous vous proposons de donner à l'autorité administrative; c'est un devoir qu'il convient de lui imposer. Les placements d'office nous semblent nécessaires dans tous les cas de danger pour l'ordre et la sûreté publique ». Ce n'est que dans la suite de l'exposé, presque de façon accessoire, qu'il aborda la maladie en tant que telle. Ainsi, « L'ordre public une fois satisfait, d'autres besoins, non moins sacrés, se font sentir. La démence, qui a légitimé la séquestration de l'individu, peut n'être que passagère, ou n'être point du moins de longue durée : sur le compte qui lui sera rendu de l'état des personnes ainsi placées d'office [...] ». Cette formulation démontre bien la priorité donnée à l'époque avant tout à l'ordre public et par extension au contrôle de la population spécifique des malades

---

58 LONDRES. A, *Chez les fous*, éditions « le Serpent à plumes », collection Motifs, 1999.

59 Futur CHS G. MARCHANT.

60 Discours prononcé le 8 février 1838 à la Chambre des pairs.

mentaux. La rédaction de la circulaire d'application<sup>61</sup> du ministre de l'Intérieur Montalivet, succédant à Portalis, est aussi intéressante dans sa formulation. Selon ce dernier, « les personnes placées d'office en vertu de l'article 18, sur l'ordre des préfets, ne peuvent, d'après les articles 20 et 23, sortir des établissements que sur l'autorisation de ces magistrats ». Cette formulation dans un texte officiel est intéressante car elle assimilait en fait les préfets à des magistrats, dans une confusion étonnante. Enfin, dans l'éventualité où un recours était exercé, le tribunal réuni en Chambre du Conseil pouvait ordonner la sortie. Il s'agissait en l'occurrence de la situation unique où un tribunal de l'ordre judiciaire pouvait annuler une décision administrative. Nous verrons que cette dernière disposition pourtant essentielle est restée d'utilisation très marginale.

Si la loi de 1838 a renoué avec l'arbitraire de l'internement administratif, elle a également eu des effets pervers sur le dispositif de protection des patients. Le Code civil de 1804 traitait de l'incapacité consécutive à l'altération des facultés intellectuelles, reprenant le régime d'interdiction judiciaire issu de l'Ancien régime. Selon la formulation de l'époque, il concernait les personnes se trouvant dans un état habituel « d'imbécillité, de démence ou de fureur ». L'article 497 de l'ancien Code Napoléon prévoyait alors la nomination d'un « administrateur provisoire », mesure préalable à une décision d'interdiction. L'interdiction prononcée par le tribunal entraînait l'ouverture de la tutelle pour la personne ainsi que pour ses biens. Le tuteur était chargé de gérer les biens, de protéger la personne interdite, et d'agir à sa place. La portée de la loi du 30 juin 1838 concernait le cadre d'internement des malades mentaux, mais aussi le régime particulier de capacité des internés aliénés et de la gestion de leurs biens. Ainsi, l'article 31 de la loi de 1838 disposait que les commissions administratives ou de surveillance des hospices ou établissements publics d'aliénés « (exerceraient) à l'égard des personnes non interdites qui y (seraient) placées, les fonctions d'administrateurs provisoires [...] ». Dans les faits, les mesures de protection provisoire ou de curatelle systématiques étaient confiées à une commission de surveillance des asiles, mais sans décision de justice d'interdiction. Ces commissions administratives ont exercé durablement cette compétence d'administrateurs provisoires à l'égard des personnes « non interdites » jusqu'en 1968, sans décision judiciaire. Cette administration provisoire concernait les mesures d'administration et d'entretien comme le recouvrement des créances dues au patient ou l'acquittement de ses dettes. L'administrateur pouvait également, sur autorisation spéciale du président du tribunal civil, faire vendre le mobilier du patient. Cette dernière possibilité, se situant à la limite des actes d'administration et de disposition, pouvait avoir des conséquences graves sur la conservation du domicile du patient. En résumé, la loi de 1838 a instauré tacitement et durablement la protection des biens par décision administrative, mais en écartant l'intervention du juge. Ce texte a ainsi conféré implicitement un pouvoir administratif à l'asile par l'intermédiaire d'un administrateur pouvant réaliser certains actes à la place de l'aliéné et cela sans contre-pouvoir judiciaire. Ces mesures en principe provisoires se sont de plus quasi systématiquement transformées en mesures définitives sans intervention d'un jugement. Concrètement, le dispositif de protection judiciaire prévu au Code civil de 1804, s'est vu supplanté par les mesures administratives de la loi de 1838, et cela s'est traduit par la négation des droits civils du malade mental jusqu'en 1968.

L. Murat<sup>62</sup>, professeur à l'université de Californie de Los Angeles, établit pour la France un lien entre psychiatrie et politique. L'approche originale de ses recherches insiste sur le rapport spécifique entre folie et politique au moment de l'essor de la psychiatrie. Selon l'historienne, soit on enfermait des opposants aux pouvoirs pour les empêcher d'agir, ou, *a contrario*, on les déclarait aliénés pour les mettre à l'abri des poursuites. D'après l'auteur et dans ce contexte, l'internement du Marquis De Sade lui aurait évité le pire. La politique est partout dans l'histoire de la folie que raconte L. Murat au vu de son étude des archives. Elle développe l'idée d'« une folie indexée sur le progrès et les formes de gouvernement qui marque tout le XIXe siècle ». L'athéisme et la démocratie ont été d'abord considérés comme démences collectives et les aliénistes ont collaboré à un dispositif gouvernemental de contrôle « coulé dans la morale autoritaire du siècle ». Au vu des registres tenus par des aliénistes dans des

61 Circulaire ministérielle d'expédition n°37, 23 juillet 1838.

62 MURAT. L., *L'Homme qui se prenait pour Napoléon, pour une histoire politique de la folie*, Gallimard, 2011.

asiles et des maisons de santé, l'auteur souligne que pour l'idéologie réactionnaire de cette époque, « la folie fut surtout prétexte à stigmatiser tout ce qui relevait du républicanisme et de l'esprit de révolution ». En cela, l'auteur valide effectivement l'essence sécuritaire de cette loi, expliquant notamment le rôle particulier des commissaires et de la préfecture de police à Paris. En effet, l'essor de la psychiatrie ne peut être apprécié précisément si l'on fait abstraction d'une époque qui fut à la « charnière » entre le pouvoir royal absolu et de la République, dans une période de forte mutation socio-économique. A ce titre, le médecin, notable et figure de la société bourgeoise triomphante, représentait un acteur fiable au service du contrôle effectif de la population des malades mentaux.

## **§2. La seconde guerre mondiale.**

La condition que la Nation réserve aux personnes vulnérables et dépendantes est toujours révélatrice des principes politiques qui guident sa conception de l'homme. Précisément, nous allons étudier le sort respectif des malades mentaux pendant la seconde guerre mondiale en France et en Allemagne. Les malades mentaux vont connaître un sort particulièrement dramatique caractérisé par une surmortalité importante. Ils vont connaître un destin tragique de manière planifiée et organisée en Allemagne nazie et par délaissement, dans un contexte de pénurie sous le régime de Vichy. Il ne s'agit pas seulement à cette époque de contrôle social et d'éloignement, en lien avec un risque de trouble à l'ordre public, mais d'élimination pure et simple d'êtres, considérés comme inférieurs et inutiles. Celle-ci sera active et planifiée en Allemagne et passive en France, dans le contexte particulier de pénurie organisée par l'occupant. L'Allemagne nazie a mis en place une extermination planifiée des malades mentaux dans une vision eugéniste de la maladie mentale. Conformément à ces théories eugénistes, à en Allemagne à cette époque, les personnes âgées ne bénéficiaient des soins nécessaires et ont subi une importante surmortalité, même si elles n'ont pas fait l'objet d'une extermination planifiée

### **A. Eugénisme et troubles mentaux.**

Dès 1908, le Professeur Kraepelin, psychiatre renommé en Allemagne, se rallie devant une assemblée de psychiatres au discours eugéniste. Dans ses travaux, il incrimina la civilisation responsable de maintenir en vie les inférieurs mentaux et les malades et qui leur permettait de se reproduire<sup>63</sup>. Avant 1914, il est suivi par d'autres professeurs de psychiatrie, dont A. Alzheimer, qui s'inscrivent à la société d'hygiène raciale créée en 1905. Dans les années 1920, les psychiatres sont devenus de plus en plus unanimes en faveur des théories eugénistes. Lors d'un congrès de 1925, le psychiatre eugéniste R. Gaupe recommanda de stériliser les criminels récidivistes et les retardés mentaux de manière à épurer le peuple de ses éléments inférieurs. Pendant la République de Weimar, l'enseignement de l'hygiène raciale se diffusa dans toutes les facultés de médecine allemandes, et les psychiatres y ont apporté largement leur contribution. A titre d'exemple, le neuropsychiatre A. Hübner dispensait en 1926 un cours sur « la prévention de la reproduction des inférieurs ». Binding et Hoche préconisaient la destruction des « vies sans valeur [...] existences superflues, esprits morts [...] enveloppes humaines vides ». Cette conception darwiniste préexistante a conduit logiquement par la suite à envisager l'élimination de l'ensemble des êtres humains considérés comme inférieurs. Il s'agissait des alcooliques, épileptiques, psychopathes, infirmes, faibles d'esprit, invalides et incurables. Le Dr Gütt, le juriste nazi F. Ruttke et le fondateur suisse de la psychiatrie génétique E. Rüdin, sont les artisans de la loi du 14 juillet 1933 sur la stérilisation eugénique. Ils bénéficièrent de l'assistance des experts du « Conseil des experts pour la politique démographique et raciale<sup>64</sup> ». Cette loi rendait la stérilisation obligatoire pour des maladies considérées comme héréditaires ou congénitales. Précisément, elle ciblait les « faibles d'esprit congénitaux », personnes atteintes de troubles neuropsychiatriques, personnes atteintes de cécité ou surdité congénitale et alcooliques graves.

---

63 *Le sort des malades mentaux pendant la guerre 1939-1945*, l'Information Psychiatrique, revue Mensuelle des Psychiatres des Hôpitaux, vol. 72-718, n°8, octobre 1996.

64 *Eugénisme, euthanasie, Shoah. Cercle d'étude de la Déportation et de la Shoah*, journée annuelle d'information et de réflexion, 16 décembre 2001, Paris.



L'historienne S. Heim<sup>65</sup> a effectué des recherches sur l'extermination des malades mentaux par le régime nazi<sup>66</sup>. Ses travaux renseignent particulièrement sur la vision eugéniste et utilitaire de l'espèce humaine par les nazis. Les préparatifs de l'euthanasie destinée à certaines catégories de population, remontent en fait à la première guerre mondiale. Dès cette époque a été mise en place une répartition de la population en différentes catégories, destinées à être plus ou moins bien approvisionnées, en fonction de l'utilité sociale. Cette sélection a conduit à sous-alimenter des patients des hôpitaux psychiatriques, entraînant déjà une forte augmentation de leur mortalité. Peu avant la seconde guerre mondiale et en préparation des conflits à venir, le pouvoir politique envisageait de réduire les rations des « bouches inutiles » en général, et des malades mentaux en particulier. Des les années 1930, constituant un point d'appui certain, les autorités religieuses, et en particulier la mission intérieure protestante, avaient accueilli favorablement la perspective d'une stérilisation eugénique des malades mentaux et des handicapés. En 1939, Morell, médecin personnel d'Hitler, préconisa à partir de ces éléments une euthanasie dissimulée, s'appuyant sur une acceptation présumée passive des familles. Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 18 août 1939 obligea alors les médecins et sages-femmes à déclarer les enfants souffrant de difformités. Ces enfants furent ensuite éliminés par injections létales. Dans la continuité, un comité du Reich pour l'étude scientifique des maladies graves, héréditaires et congénitales, fut créé pour étudier les modalités d'application de l'« euthanasie ». Le 1er octobre 1939, Hitler autorisa les médecins à « accorder une mort miséricordieuse aux malades qui auront été jugés incurables selon une appréciation aussi rigoureuse que possible ». L'opération d'élimination des pensionnaires des hôpitaux et asiles commença alors et fut dissimulée sous l'appellation de code « T4 ». L'opération comportait la sélection des victimes, sur dossier, par une commission de contrôle, puis le transfert vers l'un des six « instituts » d'euthanasie. Comble de cynisme, un avis de décès et des condoléances était adressé aux familles. Pour la première fois, un Etat se livrait ainsi à une « liquidation biologique », en s'appuyant sur un concept scientifique d'« hygiène raciale ». Enfin, en parallèle à l'extermination, quatre-cent mille personnes furent aussi stérilisées entre 1934 et 1945 à la suite d'un diagnostic neuro-psychiatrique.

Sous l'influence des médias officiels, les Allemands se sont habitués à concevoir et admettre cette euthanasie, d'autant plus justifiée qu'il s'agissait de personnes inaptes au travail mais consommatrices de ressources. La propagande nazie présentait cette situation comme inadmissible, dans un pays entièrement tourné vers l'effort de guerre. Une estimation prospective des économies réalisées en matière de logements, de vêtements et d'alimentation fut alors élaborée. En outre, le personnel médical fut libéré pour d'autres tâches, et les places dans les hôpitaux sont devenues ainsi disponibles pour des malades curables donc utiles d'un point de vue économique. Compte tenu de l'état d'esprit de la population allemande et de la nature autoritaire du régime, la politique d'euthanasie des nazis suscita plus de résignation que de rébellion. De fait, entre janvier 1940 et août 1941, soixante-dix milles malades présents dans les établissements psychiatriques allemands ont été éliminés par euthanasie. Cette expérience de liquidation massive des malades mentaux, dans une relative indifférence, confirma au régime nazi que la population était assez peu réactive. Ce fut un point d'appui essentiel pour mettre en œuvre par la suite l'extermination des prisonniers juifs et des tziganes. Forts de leur expérience, les structures et le personnel ayant assuré l'assassinat des handicapés et malades mentaux, participèrent ensuite à l'extermination des juifs. Quelques protestations émanèrent des milieux catholiques et Mgr Von Galen, évêque de Münster, s'indigna publiquement. Cependant, cela n'a pas suffi à stopper l'extermination, et le nombre de victimes a finalement correspondu à l'objectif fixé par les organisateurs. Le bilan démontre qu'entre janvier 1940 et août 1941, le meurtre d'un tiers des malades mentaux allemands a constitué la préparation technique et politique du génocide des juifs. Les connaissances pratiques et organisationnelles, ainsi que l'expérience de la gestion de l'opinion publique face à l'euthanasie furent ensuite appliquées à la « solution finale ».

---

65 HEIM. S, GOTZ. A, *Les Précurseurs de l'extermination. Auschwitz et les plans allemands pour un nouvel ordre européen*, éditions Hoffmann und Campe, Hambourg, 1991.

66 HEIM. S, « Faces cachées de la seconde guerre mondiale. De l'euthanasie à la solution finale », *Le Monde diplomatique*, mai 2005.

Le Dr A. Ricciardi Von Platen fut membre de la commission médicale au procès de Nuremberg, devant lequel comparaissaient des médecins nazis, accusés de crimes contre l'humanité. Son témoignage montra que dans la logique idéologique du nazisme, la stérilisation des malades mentaux puis leur extermination s'imposaient comme une évidence. Son ouvrage<sup>67</sup> majeur, publié en 1948 en Allemagne, constitue la première tentative de description des crimes commis par les nazis dans le champ médical et en particulier dans celui de la psychiatrie. Ce travail s'est surtout attaché à mettre en évidence les motivations théoriques, qui amenèrent au meurtre de plusieurs dizaines de milliers de malades mentaux dans l'Allemagne nazie. Les travaux du Dr A. Ricciardi von Platen permet de comprendre comment les principes idéologiques du Troisième Reich imprégnèrent la psychiatrie. Il permet aussi d'éclairer les débats bioéthiques actuels. Même si les théories eugénistes étaient d'actualité dans les années trente, Hitler eut cependant quelques difficultés à persuader son entourage dans un premier temps. C'est le contexte du début de la seconde guerre mondiale qui lui donna les prétextes nécessaires pour ordonner la solution finale appliquée aux malades mentaux. Pour Hitler et les dignitaires nazis, il fallait réaliser une sélection positive en exterminant cette catégorie de malades dès 1939. Cela fut d'autant plus facile que la doctrine nazie avait été précédée par un étayage scientifique développant une logique à la fois sociobiologique et compassionnelle pour les « ratés de l'espèce ». L'examen des archives permet de suivre une surenchère permanente dans l'horreur, qui commença par la stérilisation des malades mentaux et se termina par l'euthanasie sauvage en passant par la mort par compassion et la suppression des « vies qui ne valent pas la peine d'être vécues ». Ainsi les archives montrent qu'il arrivait que des pères et des mères exigent l'élimination de leur enfant malade ou handicapé, confortant ainsi Hitler dans sa décision d'extermination. Face à ce drame, seulement quelques parents tentèrent de résister malgré les menaces de l'administration nazie, mais, dans les faits, l'élimination des malades mentaux et des incurables s'est poursuivie discrètement jusqu'en 1945. Quelques psychiatres, universitaires, prêtres ou pasteurs minoritaires, dénoncèrent publiquement le programme d'euthanasie, ce qui amena Hitler à ordonner l'arrêt officiel du programme « T4 » le 24 août 1941.

H-W. Schmuhl, dans son ouvrage retraçant l'histoire de la médecine sous troisième Reich, a souligné la responsabilité particulière des médecins. Son étude démontre que peu de groupes professionnels ont contribué, autant que le corps médical, à l'accomplissement de la politique génocidaire des nationaux-socialistes. Les médecins ont joué un rôle clé dans leur politique de persécution puis d'extermination, notamment des malades ou des handicapés mentaux ainsi que des asociaux ou de tous les ennemis du peuple. Pour être complets dans notre approche, il faut aussi souligner que, dans sa logique, l'Allemagne nazie s'est non seulement appuyée sur les théories eugénistes mais également sur le concept pénal de positivisme pour éliminer ceux que le régime considérait comme appartenant à des « classes dangereuses ». Il faut rappeler que seules l'Allemagne nazie et l'Italie fasciste, adoptèrent un Code pénal d'essence positiviste. Bien que ces événements soient peu connus, lors de son offensive vers l'est, dénommée « opération Barbarossa », l'armée allemande extermina systématiquement sur son passage, outre les juifs, tous les malades mentaux<sup>68</sup>. L'objectif était multiple : idéologique au nom de la sélection de la « race supérieure », pratique afin de prévenir les troubles et garantir la sécurité des troupes et économique pour réserver les ressources aux personnes utiles.

En conclusion et pour compléter le propos, il est utile de rappeler que l'eugénisme n'a pas été le fait des seules dictatures et limité à la seule période de la seconde guerre mondiale. L'exemple des pays scandinaves<sup>69</sup> sociaux-démocrates en est l'illustration. Les stérilisations pratiquées dans ces pays de 1929 à 1977 ont suscité le scandale lors de leur révélation en 1997. A l'occasion de l'affaire *Gauer et autres c. France*<sup>70</sup>, une tierce-intervention du Groupe européen des Institutions Nationales de promotion et de protection des Droits de l'homme a rappelé devant la CEDH que « la stérilisation par quelque

---

67 RICCIARDI VON PLATEN. A, *L'extermination des malades mentaux dans L'Allemagne nazie*, éditions Eres, collection : Des travaux et des jours, 2002.

68 LITTELL. J, *Les bienveillantes*, Gallimard, 2006.

69 ZYLBERMAN. P, *Eugénisme à la scandinave: le débat des historiens*, Médecines / sciences, 2004; 20 : 916-25.

70 CEDH, Requête n°61521/08 présentée par Joëlle GAUER et autres contre la France introduite le 10 décembre 2008.

moyen que ce soit sans un consentement libre et éclairé n'est jamais permise et qu'elle constitue une violation du droit de ne pas subir la torture, du droit à la santé, du droit au respect de la vie privée et familiale et du droit en toutes circonstances de ne pas être discriminé ».

## **B. Les malades mentaux sous le régime de Vichy.**

Le sort des malades mentaux fut dramatique en France sous le régime de Vichy, mais pour des raisons différentes qu'en Allemagne. Leur sort fut longtemps tabou et a fait l'objet de travaux scientifiques relativement rares et surtout controversés<sup>71</sup>. Nous retiendrons, entre autres, la thèse du Dr M. Lafont, éditée en 1987, qui engendrera une forte polémique<sup>72</sup>, ainsi que les travaux d'un groupe d'historiens animé par I. Von Buelzingsloewen.

Sous le régime de Vichy, les malades internés sous le régime des lois françaises étaient théoriquement protégés. Pourtant, quarante-mille à soixante-dix mille malades mentaux, selon les études, sont morts en France au début de l'occupation, de faim, de froid et de misère. C'est le travail de recherche du psychiatre H. Duchêne et du psychiatre P. Bailly-Salin<sup>73</sup> qui a permis d'estimer rigoureusement la surmortalité psychiatrique pendant cette période. Cet événement tragique concernant l'élimination des malades mentaux pose d'abord la question d'une éventuelle motivation idéologique prenant source dans l'idéologie nazie. D'après les historiens, il n'y a pas eu de pression allemande sur le régime de Vichy pour appliquer une politique d'extermination des malades mentaux planifiée en France. Il y a donc une profonde différence entre les méthodes allemandes et leur mode d'application, et les faits qui ont amené la surmortalité des malades mentaux en France. Cette surmortalité est essentiellement la conséquence d'une famine engendrée par l'occupation allemande et d'une organisation défaillante préexistante des asiles. Le contexte de guerre et pénurie mis à part, à cette époque en France le « fou » était toujours vu comme un être à part et son enfermement à l'écart devait être définitif. Les psychiatres étaient résignés à cette vision négative, car en l'absence de traitements chimiques, ils considéraient encore les psychoses comme inguérissables. Ceci dit, même si la notion de « bouches inutiles » n'est jamais évoquée officiellement, elle fut sans doute aussi présente dans l'inconscient collectif. En effet, en 1938, il se trouva aussi des voix pour stigmatiser « l'augmentation du nombre des tarés, des dégénérés, en un mot des « déchets sociaux, qui contribuent à la dégénérescence de la race et deviennent une lourde charge pour la collectivité ». A la même époque, selon M. Lafont, une partie de l'opinion marquée par la défaite pensait que la guerre contre l'Allemagne avait été perdue notamment à cause des « faibles ». Notons qu'A. Carrel, prix Nobel de physique et de médecine, fut le défenseur et le promoteur de l'eugénisme en France. Il créa la « fondation pour l'étude des problèmes humains » grâce une loi de 1941 et, en 1935, il publia ses théories<sup>74</sup> qui connurent un grand succès. Il estimait alors que « la sélection naturelle n'avait pas joué son rôle depuis longtemps » et que « beaucoup d'individus inférieurs avaient été conservés grâce aux efforts de l'hygiène et de la médecine ». Il revendiquait ouvertement un eugénisme « négatif » incluant notamment l'euthanasie des indésirables. Bien que minoritaire, une partie du milieu psychiatrique se montra tout de même sensible à ses théories et certains psychiatres de l'entre-deux-guerres se sont ralliés aux théories économistes et eugénistes. Parmi eux É. Toulouse déclarait<sup>75</sup> : « le séjour de tous ces chroniques dans nos asiles ou la vie est si dispendieuse est presque une extravagante assistance [...] Pourquoi tant dépenser pour cultiver en serre chaude et prolonger indéfiniment l'existence d'un si grand nombre d'idiots ou de déments ».

Pétain chef de l'Etat français et signataire de l'armistice bénéficia jusqu'à mi 1942 de la reconnaissance du peuple français. Nombre d'entre eux avaient vécu le terrible exode sous les bombes allemandes et

---

71 RICCIARDI VON PLATEN. A, *L'extermination des malades mentaux dans l'Allemagne nazie*, collection « Des travaux et des jours », éditions Eres, 2002.

72 LAFONT. M, « L'extermination douce », *Le Monde*, 10 juin 1987.

73 BAILLY-SALIN. P, *Malades mentaux en France sous l'occupation nazie*, septembre 2005.

74 CARREL. A, *L'homme, cet inconnu*, Plon, 1999.

75 Criminologie et psychiatrie, Ellipses, 1997, p. 382.

aspiraient massivement à la paix à tout prix. Nous pouvons d'ailleurs parler de véritable sidération, en terme psychiatrique, de la population française lors de la défaite de 1940. La défaite et l'occupation, vingt ans après la terrible « grande guerre », associées au spectre de la famine, ont engendré une véritable dépression de la population française au sens clinique du terme. Dès l'été 1940, la pénurie alimentaire s'est fait sentir dans toute la société et notamment dans les hôpitaux psychiatriques. Le Gouvernement instaura le 1er août 1940 des cartes de rationnement et à l'été 1941 la ration journalière instaurée était de mille deux cents calories alors que le double est nécessaire à une activité normale. La faim était omniprésente chez les malades mentaux. Dans les asiles surpeuplés, les repas faisaient l'objet de luttes terribles, les plus forts ou les plus réactifs accaparaient la nourriture au détriment des plus faibles. En l'absence de traitements neuroleptiques, la surpopulation conjuguée aux manifestations des psychoses, générait une ambiance particulièrement violente que ne contrôlait pas un personnel insuffisamment formé et peu nombreux. Certains chefs de service ont fait preuve d'un certain laxisme en négligeant l'organisation matérielle de l'alimentation des malades. Rapidement, des symptômes graves sont apparus liés au déficit de protéines et de lipides. Sur le plan infectieux, le Dr Daumezon mit en évidence une recrudescence de tuberculoses aiguës, pour les malades comme pour le personnel, consécutive aux effroyables conditions de vie et d'alimentation. Face à cette situation, les institutions d'accueil ont été incapables de développer des systèmes d'approvisionnement extra-officiels comme les particuliers ont pu le faire au « marché noir ». De plus, pour les fonctionnaires responsables administratifs des hôpitaux, le conformisme à des lois très répressives l'emporta le plus souvent. Il faut se souvenir à ce propos que le « marché noir » fut passible un temps de la peine de mort. C'est seulement le 15 mars 1942 que le Gouvernement, reconnaissant implicitement l'insuffisance des rations, annonça officiellement ne plus poursuivre devant les tribunaux « les infractions qui ont été uniquement commises en vue de la satisfaction directe des besoins personnels ou familiaux ». Pour essayer de cerner la volonté de la puissance publique, il faut souligner la parution de la circulaire<sup>76</sup> du 4 décembre 1942. Editée par le secrétaire d'Etat au ravitaillement M. Bonnafous, elle affectait aux asiles des bons spéciaux de pâtes alimentaires et de pommes de terre. Des suppléments hebdomadaires de protéines et graisses furent alors attribués aux hôpitaux psychiatriques<sup>77</sup>. De fait, à partir de 1943, les manifestations les plus spectaculaires de la dénutrition sous forme d'œdèmes généralisés, ont tendu à disparaître. Cette initiative tardive et de portée très relative, confirme que le régime de Vichy a tenté d'augmenter la ration dans les hôpitaux psychiatriques et ceci semble accréditer l'absence d'une volonté caractérisée d'exterminer les malades mentaux. Pour autant, plusieurs observateurs minorent fortement les effets de la circulaire Bonnafous et privilégient l'influence de G. Heuyer qui proposa le 22 juin 1942 au secrétaire général du ministère de la famille et de la santé L. Aublant, un nouveau vœu au nom de la Société médico-psychologique, pour obtenir les mêmes suppléments alimentaires que ceux accordés aux hôpitaux généraux.

### **C. L'attitude du corps médical.**

Il est évident que le corps des psychiatres publics était à l'époque en majorité un corps de notables serviteurs de l'Etat, très peu revendicatif et respectueux des pouvoirs en place. Cette prudence pouvait s'expliquer aussi par la crainte de déclencher une réaction négative de la population générale affamée elle aussi. Indépendamment des théories eugéniques, un réflexe dénonçant les « bouches inutiles » était légitimement à craindre. Il faut aussi souligner que les psychiatres n'ont pas bénéficié du soutien des autres praticiens. La séance du 9 février 1943 à l'Académie de médecine est d'ailleurs révélatrice de leur état d'esprit. Le Professeur Martel considérait scandaleux que, suite à la circulaire de M. Bonnafous, « les malades mentaux soient mieux traités que nombre de travailleurs sobres et mal alimentés<sup>78</sup> ». Malgré ce constat, quelques actions locales de protestation comme celle de Daumezon sont à noter. Il semble, en fait, que de nombreux psychiatres se sont plaints de la situation mais de manière individuelle et confidentielle ce qui eut finalement peu d'écho. Le Dr Bonnafé, qui fut l'un des

---

76 Circulaire n°186 du 4 décembre 1942.

77 CHAPIREAU, F., *Le recours à l'hospitalisation psychiatrique au XX e siècle*, l'information psychiatrique, Volume 83, n°7.

78 *Les suppléments alloués par la circulaire de décembre 1942 placent certains malades mentaux sous le régime I (invalidité)*, bulletin de l'Académie de Médecine, séance du 9 février 1943.

premiers à dénoncer la surmortalité asilaire, revendiqua publiquement le terme d'« extermination ». Il l'utilisa dès 1948 en associant la question de cette extermination à celle de la déconsidération sociale pour des malades que l'on enferme. Après la découverte des horreurs de la seconde guerre mondiale, il théorisa un lien entre univers asilaire et concentrationnaire. Pour lui, l'extermination des malades et les difficultés matérielles d'entretien des hôpitaux durant la guerre ont achevé le « fantôme d'assistance » qui existait auparavant<sup>79</sup>. Si l'on ne partage pas totalement la vision de Bonnafé, l'ampleur du drame comme sa précocité et sa durée, confirment l'existence d'un fonctionnement précaire et défaillant qui préexistait. La période dramatique de l'occupation a révélé et amplifié une réalité d'incurie notoirement préexistante dans les asiles d'aliénés. En termes de protestation, la Société Médico-Psychologique, sous la pression de ses membres, décida en une séance d'octobre 1941 d'une motion rédigée en un comité secret dénonçant la situation auprès du ministère de la Santé. Cette discrétion s'expliquait par la crainte des réactions d'un Gouvernement autoritaire ainsi que de l'occupant. Les voix de psychiatres qui se sont élevées face à cette situation restèrent marginales, même si l'on peut supposer qu'elles influencèrent la rédaction de la circulaire du 4 décembre 1942 relative au ravitaillement. Enfin, le congrès annuel des médecins des hôpitaux psychiatriques, qui s'est tenu en 1942 à Montpellier, présenté comme un événement majeur, fut d'une portée quasi nulle sur la situation du moment. Malgré quelques interventions isolées comme celle de Balvet, l'intérêt majeur du congrès fut de provoquer une prise de conscience de certains et de faire entrer certains psychiatres minoritaires, comme Tosquelles et Bonnafé, dans la Résistance.

Bien sur les psychiatres n'étaient pas les seuls en cause car le pouvoir judiciaire était, lui aussi, tenu par la loi Esquirol de 1838, de visiter chaque année l'hôpital de sa juridiction. Une anecdote relate même qu'un jeune substitut du procureur de la République, chargé de réprimer sévèrement le marché noir, avait été particulièrement bouleversé par une visite annuelle de l'hôpital. Il ordonna d'ailleurs au directeur à cette occasion de « faire du marché noir ». Il s'agit là d'une initiative isolée et très peu représentative de l'attitude d'ensemble des autorités judiciaires de l'époque qui étaient, elles aussi, très majoritairement respectueuses du pouvoir en place. Rappelons que le régime de Vichy a eu recours systématiquement à une justice d'exception en ignorant le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs. Les magistrats étaient soumis aux ordres de l'exécutif, au service de l'ordre public, et non plus des libertés. Le régime de Vichy a d'ailleurs constitué une période particulièrement sombre pour notre justice qui s'est laissé utiliser à cette époque par un pouvoir autoritaire et antirépublicain. Sous le régime de Vichy, des juridictions d'exception ont été créées par le pouvoir politique de manière arbitraire, afin de résoudre rapidement des conflits spécifiques. Le gouvernement de Vichy a réalisé un encadrement et un abaissement du corps judiciaire, d'abord par l'épuration, puis par l'obligation de prêter serment au maréchal Pétain, avant de le contrôler par l'administration. Les magistrats ont participé aux nombreux tribunaux d'exception qui se sont substitués peu à peu aux juridictions de droit commun afin, entre autres, de réprimer les opposants politiques. Si les magistrats semblaient majoritairement hostiles à la radicalisation du régime, le légalisme traditionnel du corps judiciaire et l'effacement de l'Etat de droit les ont profondément engagés dans l'accompagnement du régime.

Il est donc possible de conclure qu'il n'y a pas eu en France de plan d'extermination organisé, mais plutôt un délaissement passif des malades mentaux. Cette situation s'est inscrite dans un contexte global de désorganisation de la société et de pénurie alimentaire. La pénurie frappait gravement toute la population et le sort des malades mentaux n'était pas la priorité du pouvoir politique. Cependant, même si le régime de Vichy connaissait la situation, la première mesure positive de renforcement des rations alimentaires ne fut prise qu'en décembre 1942. On pourra longtemps s'interroger sur d'éventuels ressorts inconscients de cette passivité. Indépendamment des circonstances propres à l'occupation, le malade mental était préalablement considéré comme un aliéné, un être différent exclu de la communauté nationale. Cette vision péjorative du malade mental inférieur est restée finalement très présente tout au long de l'histoire et jusqu'à nos jours. Nous pouvons donc avancer l'hypothèse de deux niveaux de responsabilité qui expliquent cette surmortalité. Il s'agit de la conjugaison de deux

---

79 BONNAFÉ. L, *Psychiatrie et politique, l'évolution psychiatrique*, éditions sociales, Paris, 1977.

phénomènes : d'une part un eugénisme diffus et passif, plus ou moins partagé par toute la société et d'autre part un système psychiatrique obsolète dont les lourdeurs, favorables à l'inaction, ont largement amplifié les conséquences de la pénurie générale. Les questions soulevées par l'aspect alimentaire et la surmortalité de cette période sombre interrogent plus largement sur le sens des soins en psychiatrie publique dispensés par l'ancien asile d'aliénés depuis 1838. Cela constituera d'ailleurs l'axe majeur de réflexion des psychiatres, qui vont promouvoir la psychothérapie institutionnelle et qui fonderont par la suite la psychiatrie de secteur. Aujourd'hui, c'est épisode dramatique constitue toujours un non-événement ne méritant aucune attention mémorielle. La première commémoration de la rafle du « Vel-d'hiv » par F. Hollande fut pourtant l'occasion d'inventorier les plaies de notre histoire. Le journaliste T. Wieder<sup>80</sup>, énumérait les pièges de l'histoire qui attendaient F. Hollande. Pour ce dernier, dans les dossiers historico-mémoriels sensibles à venir, il n'y avait pas trace de l'abandon à la mort des soixante-seize mille fous par le régime de Vichy. Nous relèverons le même oubli ou censure, pour l'historienne A. Wieviorka, déclarant à ce propos, que tous les comptes étaient apurés. L'historien H. Rouso, s'exprimant dans le même article, ignorait également la mort des soixante-seize mille fous pendant la guerre. Pourtant, selon A. Ajzenberg et A. Castelli<sup>81</sup>, « force est de constater, qu'au plan des résultats, si l'on ose dire, Vichy fut aussi efficace, malgré « l'absence d'intention génocidaire de la part du régime en place », que les nazis avec le « génocide perpétré à l'encontre des malades mentaux ».

Le procès de Nuremberg a permis d'introduire le crime contre l'humanité dans le droit international. Le crime contre l'humanité se définit comme la négation délibérée doctrinale et idéologique d'appartenance des victimes à l'humanité. C'est ce qui différencie le crime contre l'humanité des autres crimes de droit commun. L'inscription du crime contre l'humanité dans le droit international est consécutive au procès des dignitaires nazis à la fin de la seconde guerre mondiale. La définition internationale du crime contre l'humanité a été énoncée par le tribunal de Nuremberg. Il s'agit de « l'assassinat, l'extermination ou génocide, la réduction en esclavage, la déportation et tous autres actes inhumains commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, que ces actes ou persécutions aient constitués ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, la participation à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis ». Au procès de Nuremberg, l'extermination des malades mentaux fut dénommée « programme d'euthanasie, à la fois par les juges et les procureurs. On a également utilisé le terme peu approprié de « programme de meurtre par compassion ». Une définition française du crime contre l'humanité a été affirmée dans le procès de K. Barbie en 1987. Selon cette définition, « constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre les personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition ». Le procureur général P. Truche<sup>82</sup> a défini le crime contre l'humanité comme la « [...] négation de l'humanité, contre des membres d'un groupe d'hommes, en application d'une doctrine. Ce n'est pas un crime commis d'homme à homme, mais la mise à exécution d'un plan concerté pour écarter des hommes de la communauté des hommes ». P. Truche distingue ce qui singularise le crime contre l'humanité des autres crimes. Celui-ci est commis « systématiquement en application d'une idéologie refusant par la contrainte à un groupe d'hommes le droit de vivre sa différence, qu'elle soit originelle ou acquise. Le crime atteint par là même la dignité de chacun de ses membres et ce qui est de l'essence du genre humain. Traitée sans humanité, comme dans tout crime, la victime se voit en plus contestée dans sa nature humaine et rejetée de la communauté des hommes ». En dehors des éléments classiques de constitution de l'infraction, « une seule disposition confère au crime contre l'humanité un régime particulier c'est son caractère imprescriptible car ses auteurs peuvent être poursuivis jusqu'au dernier jour de leur vie ». En conclusion, même si le procès de Nuremberg ne fut sur certains points critiquable, il revêt cependant un

---

80 Le Monde du 26 juillet 2012.

81 AJZENBERG. A, CASTELLI. A, « L'abandon à la mort. Extraits », <http://www.cemea-pdll.org/A-lire-L-abandon-a-la-mort-de-76>.

82 TRUCHE. P, *La notion de crime contre l'humanité*, Esprit n° 181, 1992.

importance symbolique majeure puisque pour la première fois, il a administré la preuve que n'importe quel haut dirigeant, se livrant à des actes génocidaires, ne bénéficiait plus de l'immunité.

En France, lors de la libération, le programme du Conseil National de la Résistance (CNR) prévoyait « un plan complet de sécurité sociale, visant à assurer à tous les citoyens des moyens d'existence, dans tous les cas où ils sont incapables de se les procurer par le travail, avec gestion appartenant aux représentants des intéressés et de l'État ». Le programme affichait aussi la place centrale de la liberté en précisant les principes de « l'inviolabilité du domicile et le secret de la correspondance ; le respect de la personne humaine ; l'égalité absolue de tous les citoyens devant la loi [...] ». Le préambule de la Constitution de 1946, qui constitue une norme fondamentale, fait référence explicite à la seconde guerre mondiale, dans une logique du « plus jamais ça ». Le régime de Vichy n'est pas évoqué ouvertement mais on ressent dans la rédaction du Préambule la volonté de proclamer un Etat de droit qui établit la légalité. A travers le préambule, le peuple français, conscient d'avoir connu le pire, veut absolument empêcher que se reproduise le terrible épisode du régime de Vichy. Textuellement, les premières phrases du Préambule de 1946 font référence aux régimes asservissant et dégradant la personne humaine pour rappeler les droits de l'homme. Ainsi, selon les termes du texte, « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame de nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République [...] ». Pour la première fois, les principes de dignité humaine apparaissent dans un texte constitutionnel. Ils trouveront par la suite leur prolongement dans le droit interne<sup>83</sup> avec les lois de bioéthique de 1994 puis de 2004. Le préambule établit des droits « créances » et énonce les principes de solidarité et d'assistance envers les plus faibles qui revêtent une importance particulière pour la psychiatrie. Ainsi, selon le onzième alinéa, « Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Les droits qualifiés de « créances » nécessitant l'intervention de l'Etat, contenus dans le préambule de 1946, ont complété les droits « défensifs » de la DDHC de 1789. Pour la psychiatrie, la mort des malades ne fut pas un sacrifice inutile. En réaction à cette période terrible, certains psychiatres engagés dans la Résistance, ont initié la mise en œuvre du programme du CNR en consacrant la lutte contre toute mesure ségrégative envers les malades mentaux. Précisément, cela s'est traduit par une politique psychiatrique d'assistance sectorisée et basée sur des principes humanistes forts, en réaction à cette période pendant laquelle l'humanité a côtoyé l'horreur absolue.

### **SECTION 3. DE LA LIBÉRATION À NOS JOURS.**

L'après guerre ouvre une période de progrès social et économique indéniable s'inscrivant en réaction à la période antérieure, particulièrement difficile. La période qui suit la seconde guerre mondiale a été porteuse de progrès notables qui se concrétiseront lentement à travers des progrès scientifiques et des avancées législatives certaines. Cependant certaines réalités sont restées difficiles notamment avant la découverte des neuroleptiques. En 1954, H. Bazin<sup>84</sup> a parcouru les asiles de France et a témoigné en ces termes : « [...] Je ne connais rien de plus répugnant que l'ancien cloître, sombre et suintant, dont 80 déments précoces, pieds nus, foulent les dalles glaireuses et qu'on ose à peine traverser tant l'horreur et la pestilence vous étouffent ». Dans le même temps, c'est en 1954, en Seine-Maritime, que Bonnafé et Mignot créent une « première » en travaillant avec les autorités locales et le corps médical pour déclarer le placement sous le régime de la loi de 38 « dépassé » et faire de l'hospitalisation libre le fonctionnement ordinaire de l'hôpital psychiatrique<sup>85</sup>.

---

83 Art 16-1 et suivants du Code civil.

84 Réalités n°58. 1955.

85 *Légiférer sur les fous : entretien avec Lucien Bonnafé 1989, Vie sociale et traitements, n° 78, p. 34-37.*

## §1. La sectorisation : une approche humaniste de la maladie mentale.

L'intervention de Balvet, au congrès annuel, des médecins des hôpitaux psychiatriques de Montpellier, est souvent citée comme un événement majeur, mais qui n'eut pas la portée attendue, compte tenu des circonstances. Balvet s'indignait de la situation des malades dont il avait la charge. Si son intervention suscita l'indifférence d'une grande partie des praticiens, plusieurs réfractaires à la pensée « officielle » vont se rencontrer et confronter leurs points de vue. Les plus actifs tels qu'Ey, Daumezon, Bonnafé, Balvet et Tosquelles repartiront avec une conscience plus nette de leur révolte. C'est à cette époque que remonte leur engagement dans le mouvement de la Résistance.

Les psychiatres issus de la Résistance ont mis en place l'expérience communautaire de Saint Alban et la méthode de psychothérapie institutionnelle. Pour faire face aux restrictions alimentaires, le personnel de l'établissement, les médecins, les malades et la population ont organisé l'approvisionnement de l'hôpital et des malades mentaux en nourriture. Cette initiative fut quasi unique dans la France occupée. Le psychiatre Lucien Bonnafé, engagé dans la Résistance, nommé chef de service, a commencé à théoriser l'idée d'un « secteur de psychiatrie ». Les relations entre les malades, les soignants et le monde extérieur se sont modifiées et ils ont expérimenté ensemble sur la commune, une psychiatrie égalitaire et communautaire. Dans le prolongement de l'expérience de Saint Alban, la « Société du Gévaudan » fut créée en 1942 par Balvet, Bonnafé, Chaurand et Tosquelles. Ils ont fondé ainsi les bases d'une pratique nouvelle de la psychiatrie. Soins, recherche et formation ont été intégrés dans une démarche collective en mettant au point les fondements de la « psychothérapie institutionnelle ». Cette méthode était basée sur une thérapie collective, influencée à la fois par le marxisme et la psychanalyse. Si on doit le terme de psychothérapie institutionnelle à Daumezon, qui l'utilisa pour la première fois en 1952, c'est le psychiatre anarcho-marxiste catalan, Tosquelles, qui a joué avec Bonnafé un rôle moteur dans la mise en œuvre. Balvet, psychiatre directeur de l'hôpital psychiatrique de Saint Alban, fut informé par son ami toulousain le professeur Dide<sup>86</sup> qu'un psychiatre remarquable, rencontré à Barcelone, était interné en Tarn-et-Garonne au camp de Septfonds suite à la « Retirada ». En Espagne, la guerre civile espagnole de 1936 à 1939 avait stoppé l'essor de la « psychiatrie civilisée » barcelonaise, moderne, ouverte, humanisée et illustrée par Tosquelles, alors psychiatre aux armées. Après avoir résisté et échappé au piège franquiste, ce dernier gagna la France en septembre 1939 et fut enfermé au camp de Septfonds. Il instaura rapidement un service de psychiatrie au sein de ce camp de concentration. Balvet réussit à obtenir sa libération et Tosquelles arriva à Saint Alban début 1940. Il instaura alors une autogestion psychothérapique en considérant l'institution toute entière comme soignante. L'expérience se réalisa autour d'un « sujet collectif », qui comprenait du psychiatre jusqu'au personnel de nettoyage ainsi que les patients. Cette théorie s'appuiera sur la réflexion des rescapés des camps de la mort, ainsi que sur l'expérience de l'institution concentrationnaire, dans sa dimension d'organisation perverse et cause de folie. Ce courant, largement pénétré par la pensée psychanalytique progressiste de Lacan, a finalement abouti à la suppression de l'asile et au développement de la psychiatrie de secteur. Tosquelles a développé la théorie « des deux jambes » sur lesquelles s'appuie la bonne marche de la psychothérapie institutionnelle. Il s'agit de la conjugaison d'une approche à la fois psychanalytique et politique. Son influence et sa vision seront déterminantes pour la suite. Repris par le psychiatre J. Oury, ces principes de soins se déclinaient par la volonté de favoriser la libre circulation tant entre patients que personnels, en atténuant les entraves aux échanges. Il s'agissait de privilégier l'accueil du malade et de soigner tout à la fois les soignants et leur capacité soignante. Le principe essentiel de la psychothérapie institutionnelle était de créer un rapport entre l'institution et l'attitude thérapeutique. Bonnafé et Tosquelles vont alors associer leurs activités de résistants à une remise en cause de l'organisation asilaire. La lutte contre l'occupant et contre la sur-aliénation était pour eux indissociable. Dans l'hôpital, cela s'est traduit concrètement par le retrait des grilles et l'ouverture des portes. Les patients participaient aux réunions décisionnelles et les infirmiers investissaient un autre rôle que celui de gardien. Par l'intermédiaire des infirmiers, des patients et de leurs familles, dans le prolongement des solidarités issues de la période de la Résistance, un réseau d'entraide et de solidarité s'est créé

---

86 Maurice DIDE, médecin-directeur de Braqueville (Futur CHS G. Marchant) de 1909 à 1936.



avec les paysans et la population des environs. Dans un entretien, datant de l'année 2000<sup>87</sup>, L. Bonnafé précisait « l'idée des fondateurs du secteur ». Cela consistait à dire que, « lorsque quelqu'un est menacé de perdre la tête, il a le droit d'avoir à proximité de quoi faire face à son problème. C'est une question de droits de l'homme et du citoyen [...] ».

En parallèle, la communauté des psychiatres s'est organisée et le syndicat des psychiatres des hôpitaux psychiatriques est créé le 9 juillet 1945. Parmi ses membres fondateurs on retrouve de nombreux psychiatres qui ont marqué l'histoire de la psychiatrie de l'après-guerre : Daumezon, Lauzier, Sivadon, Bonnafé, Ey et Le Guillant. Il deviendra plus tard le Syndicat des psychiatres des hôpitaux (SPH), dans la continuité de l'association amicale, des médecins des établissements publics d'aliénés de France, créée en 1907. Il avait pour missions principales de prendre en main les intérêts généraux et particuliers de ses membres, et de poursuivre l'amélioration de leur situation morale et matérielle, d'observer les règles de l'honorabilité professionnelle, d'étudier tous les problèmes touchant à la santé mentale et de favoriser par tous les moyens en son pouvoir le perfectionnement des méthodes de traitement et d'assistance des malades mentaux. Il s'était notamment fixé pour priorité l'amélioration des conditions de traitement et de vie des malades mentaux. Ce syndicat s'évertua à concilier efficacement action revendicative et collaboration avec les pouvoirs publics en charge de la santé mentale. Le Dr Daumezon se préoccupa plus particulièrement de la compétence des personnels et de leur formation. Avec les C.E.M.E.A (centres d'entraînement aux méthodes d'éducation active), il créa des stages de formation à l'intention des infirmiers psychiatriques. Il initia entre autres les stagiaires aux techniques de la dynamique de groupe et aux psychodrames. C'est dans ce cadre que le temps des repas fit l'objet d'études sociologiques approfondies sur leur organisation, leur surveillance et leur dynamique psychologique et relationnelle. Daumezon développa également des activités collectives et créatrices. Grâce à ces médiations, de nouvelles relations avec les malades ont pu s'instaurer. Mais malgré cet élan nouveau de fortes résistances à ces pratiques nouvelles ont persisté chez nombre de personnels des établissements. Il était en effet difficile de faire évoluer une institution et des pratiques contre la volonté des hommes. C'est ce qui explique le développement très variable de la politique de sectorisation par la suite. A titre d'exemple, ce n'est qu'à partir de 1990, voire plus tard, avec l'affirmation de l'hospitalisation libre comme principe, que certaines unités d'hospitalisation libre seront ouvertes et deviendront mixtes.

Les principes de la sectorisation psychiatrique tels qu'issus du programme du CNR, considèrent que la psychiatrie requiert un mode de prise en charge particulier. Il s'agit de problèmes de santé caractérisés par la récurrence, la chronicité et une relation directe des professionnels de santé et des travailleurs sociaux aux patients. Si la place des actes techniques est faible, par contre celle des réseaux humains de proximité est très importante. L'organisation des soins psychiatriques est fondée sur la sectorisation géographique. Le patient dépend du secteur psychiatrique de son lieu de résidence. Cette organisation résulte d'une remise en cause idéologique du système asilaire, basé sur l'isolement du malade mental, dans un système d'internement. La prise de conscience de cette aliénation a donné lieu à la création de nouvelles méthodes thérapeutiques. Elle a permis d'améliorer sensiblement les conditions de vie des malades hospitalisés. Bonnafé, alors conseiller technique au ministère de la santé en 1945, a élaboré et mis en place la politique de secteur psychiatrique. Ces principes de sectorisation ont permis de réduire les durées d'hospitalisation et une progressive réinsertion des malades dans leur milieu familial, social et professionnel. La notion de secteur s'inscrit dès les débuts des années cinquante dans l'esprit des ordonnances de 1945, mais elle est concrétisée réellement par la circulaire de 1960. En 1937, l'asile d'aliénés était devenu hôpital psychiatrique dépendant du Conseil général. La circulaire du 15 mars 1960<sup>88</sup> prévoyait le programme d'organisation et d'équipement des départements, en matière de lutte contre les maladies mentales. Cette circulaire constitue le seul texte originel relatif à l'organisation de la sectorisation jusqu'à l'adoption d'une loi spécifique en 1985. Elle s'enracinait dans le rapport établi par

---

87 *L'esprit du secteur. Entretien avec Lucien Bonnafé*, Santé mentale n°51, octobre 2000.

88 Ministère de la santé publique et de la population, direction générale de la santé publique. Circulaire du 15 mars 1960 relative au programme d'organisation des équipements des départements en matière de lutte contre les maladies mentales.

le psychiatre H. Duchêne, examiné au congrès de Tours en 1959 et en particulier dans la note : « Pour un service territorial unifié de protection de la santé mentale ». A la lumière de l'expérience de plusieurs années à Saint Alban et conformément aux orientations du CNR, la circulaire du 15 mars 1960 a introduit la division des départements en secteurs géographiques. Chaque secteur fut organisé avec une équipe médico-sociale chargée d'assurer le dépistage, le traitement à l'hôpital ou en ambulatoire et la surveillance en postcure des malades mentaux. Elle préconisait un traitement à un stade précoce et un suivi évitant les hospitalisations multiples. Elle recommandait de séparer le moins possible le malade de sa famille et de son milieu. Les buts à atteindre fixés par la circulaire étaient les suivants : mise en place de soins précoces pour de plus grandes chances de succès, et appui médico-social aux anciens malades leur évitant des récidives, prise en charge du malade par une même équipe médico-sociale en cure hospitalière et en pré et postcure, enfin éviter la désadaptation qu'entraîne l'éloignement du malade de son milieu naturel. Les établissements et leurs équipements de soins ambulatoires devaient être facilement accessibles pour la population qu'ils desservait. La psychiatrie de secteur a vu paradoxalement le jour à travers un premier texte non impératif. Ce caractère non contraignant et la défection du représentant des Directeurs Administratifs des institutions hospitalières, qui se déclara contre la psychiatrie de secteur, ne favorisa pas sa mise en œuvre.

La sénatrice N. Borvo a rappelé en séance publique<sup>89</sup> les propos éclairants que tenait Bonnafé en 1985 sur ce que devrait être la sectorisation psychiatrique. Il faut penser « l'organisation d'une médecine publique préventive et curative, ouverte à tous, mais particulièrement adaptée aux besoins des catégories de personnes que leur âge, leur maladie ou leur dépendance ne mettent pas toujours en mesure de prendre elles-mêmes l'initiative d'actions préventives ou de soins que leur état exige ». Il imaginait un texte précisant que « l'autorité judiciaire [...] (avait) tout pouvoir d'exercer les contrôles qu'elle (estimait) utiles et d'imposer l'arrêt des traitements imposés et de la limitation des libertés, sous réserve d'entendre le malade lui-même, le médecin et, plus largement ceux qui (participaient) aux soins et aux contraintes, et l'entourage ». Mais il fallut attendre la loi du 31 décembre 1985<sup>90</sup> et le décret du 16 mars 1986<sup>91</sup> relatif à l'organisation de la sectorisation psychiatrique et de la lutte contre les maladies mentales pour voir la consécration législative et réglementaire des secteurs. Etaient ainsi officialisées les prises en charge diversifiées et de proximité ainsi que la continuité des soins entre l'hôpital, le domicile et des structures intermédiaires gratuites par des équipes pluridisciplinaires. Le secteur recevait enfin une base légale, vingt-cinq ans après la circulaire de 1960. Cette loi instituait, entre autre, un conseil départemental de la santé mentale chargé de donner des avis et de faire des propositions en matière d'organisation et de planification de soins. Un établissement hospitalier était chargé de gérer directement l'ensemble des activités intra et extrahospitalières. Parallèlement à la montée en puissance du dispositif législatif et réglementaire, les valeurs de la sectorisation se sont par la suite « brisées » sur une approche marchande des soins. Ce phénomène a débuté dès la fin des « trente glorieuses », dans un contexte durable de crise économique.

Dans la même période, sous l'influence du psychiatre H. Ey, la capacité civile des malades mentaux va connaître un changement notable avec la loi du 3 janvier 1968 relative aux incapables majeurs. Jusqu'alors, le Code civil ne prévoyait que deux possibilités de restreindre la capacité civile. Il s'agissait de la mise sous contrôle judiciaire et de l'interdiction permettant de protéger les biens de celui qui, selon l'article 489, était « dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur ». La loi du 3 janvier 1968 a abrogé l'interdiction et la mise sous contrôle judiciaire et dissocié la capacité ou l'incapacité civile de l'hospitalisation. A partir de 1968, seul un jugement du Tribunal d'Instance susceptible d'appel et de révision pouvait protéger le patient grâce à deux mesures distinctes. Il s'agissait de la curatelle, mesure d'assistance, et de la tutelle, mesure de représentation qui le considérait comme incapable. Ces mesures sont toutes deux toujours d'actualité. Enfin, la mesure de sauvegarde de justice, décidée par

---

89 Sénat, séance publique, compte rendu analytique officiel du 10 mai 2011.

90 Loi n°85-1468 du 31 décembre 1985 relative à la sectorisation psychiatrique. JORF du 1 janvier 1986, page 7.

91 Décret n°86-602 du 14 mars 1986 relatif à la lutte contre les maladies mentales et à l'organisation de la sectorisation psychiatrique. JORF du 19 mars 1986, page 4612.

le procureur de la République, permettait au patient de faire constater *a posteriori* la nullité des actes civils qu'il avait effectués imprudemment. La sauvegarde de justice est-elle aussi toujours en vigueur.

## §2. Les progrès de la pharmacologie : les psychotropes, une découverte majeure.

La prise en charge des malades mentaux est fortement tributaire des traitements psychotropes. Avant les années cinquante, les médicaments utilisables pour les grands syndromes psychiques étaient peu nombreux et d'une efficacité très relative. Ils se limitaient essentiellement aux dérivés de l'opium et aux barbituriques. Face aux états d'agitation délirants, aux hallucinations ou prostration mélancolique, la réponse était le plus souvent l'enfermement accompagné d'un « traitement » physique. Ce terme recouvrait douche froide, électrochoc, coma à l'insuline ou camisole de force. La faible efficacité des traitements disponibles a engendré une chronicité des aliénés dans les asiles qui contribua à renforcer une représentation effrayante et péjorative de la maladie mentale. La découverte des psychotropes a permis une évolution sans précédent dans la prise en charge des malades mentaux, en parallèle à l'avènement des méthodes de psychothérapie. Il reste cependant regrettable que les avancées pharmacologiques, qui ont permis une approche bio-comportementale individuelle, se soient souvent mises en place en opposition avec la psychothérapie institutionnelle. Ce phénomène s'est encore amplifié suite à la modification de la formation des psychiatres et après la disparition de la formation des infirmiers psychiatriques, au début des années 1990.

Techniquement c'est finalement de manière empirique, au hasard de l'observation clinique, que la totalité des psychotropes ont été découverts. Aujourd'hui, l'industrie pharmaceutique continue à faire des recherches pour trouver d'autres types de psychotropes, mais sans grand succès. S. Hyman et E. Nestler, psychiatres américains reconnus, ont souligné que les cibles moléculaires des principales classes de médicaments psychotropes, actuellement disponibles, ont été définies à partir de médicaments découverts à la suite d'observations cliniques dans les années 1960. Depuis, si les laboratoires améliorent certaines molécules, en agissant sur les effets secondaires et les voies d'administration, pratiquement aucune autre classe de psychotrope innovante n'a été trouvée depuis les découvertes majeures d'il y a soixante ans.

L'absence de molécule adaptée au traitement des psychoses a longtemps entravé les prises en charge de malades mentaux, laissant les psychiatres désarmés. Le premier neuroleptique fut la chlorpromazine plus connue sous le nom de *Largactil*. Utilisée dès les années cinquante, elle fut découverte en France en 1952 par le chirurgien H. Laborit, qui travaillait sur l'anesthésie. Ce produit pour l'anesthésie induisait un état « d'indifférence » du malade pour son environnement et induisait chez l'animal un état de catalepsie sans paralysie. La chlorpromazine se révéla aussi efficace sur les patients schizophrènes et ses propriétés antipsychotiques révolutionnèrent le traitement médical des psychoses. De février à juillet 1952, Delay et Deniker ont établi les propriétés thérapeutiques du *Largactil* utilisé seul chez des malades psychotiques. La commercialisation du *Largactil* a lieu en 1952. Cette dénomination signifie « large action », nommé ainsi pour ses effets étendus, portant sur différents symptômes : agitation psychotique, idées délirantes, hallucinations, angoisse, agressivité. En 1953 a lieu la publication du premier essai consacré au *Largactil* sur la schizophrénie, démontrant l'efficacité du produit, en particulier dans les formes catatoniques et paranoïdes. Ce médicament a littéralement révolutionné le traitement des psychoses et permis des prises en charge des patients beaucoup moins contraignantes. En 1956 un autre neuroleptique fut commercialisé, il s'agit de la lévomépromazine plus connue sous le nom de *Nozinan*, ensuite viendra l'halopéridol (*Haldol*) en 1960.

Entre 1957 et 1958, une première famille d'antidépresseurs est découverte par le psychiatre suisse R. Kuhn. Cette découverte relève de travaux empiriques. Il s'agit de la découverte de l'imipramine, mise au point en 1957, qui révéla fortuitement des effets antidépresseurs. En fait, l'imipramine s'avéra être le premier antidépresseur tricyclique qui est toujours commercialisé sous le nom de *Tofranil*. Le psychiatre

N. Kline l'utilisa alors avec succès sur ses patients déprimés, donnant naissance à une nouvelle famille d'antidépresseurs : les inhibiteurs de la monoamine-oxydase.

La première molécule anxiolytique, le méprobamate, fut commercialisée en 1955 sous le nom d'*Equanil*. Toujours dans les années cinquante, la recherche sur les substances sédatives était très importante car les molécules disponibles présentaient des propriétés soporifiques réhivitoires. Leur effet sédatif rendait alors leur utilisation très délicate. La chlordiazépoxyde est une molécule commercialisée en 1961 sous le nom de *Librium* et fut la première benzodiazépine mise sur le marché. Elle sera suivie par le *Valium* et le *Lexomil* entre autres.

Le lithium est le premier régulateur de l'humeur, naturellement présent en petite quantité dans l'organisme humain. En 1949, le psychiatre australien J. Cade a découvert que le lithium avait des effets ralentisseurs et apaisants. Il a testé avec succès le lithium sur des patients agités et euphoriques en proie à un état maniaque. Toutefois, malgré ses propriétés thérapeutiques bénéfiques, le lithium s'avéra toxique par ses effets secondaires et son utilisation fût dans un premier temps quasi impossible. Beaucoup plus tard, il fut mis en évidence que le lithium n'était dangereux que si les concentrations sanguines étaient trop élevées. Bien dosé le lithium est devenu un traitement curatif des états d'excitation maniaque et il prévient les rechutes aussi bien dépressives que maniaques. C'est enfin en 1970, au Japon, que fut découvert un médicament de synthèse utilisé dans certaines formes d'épilepsie possédant les mêmes propriétés que le lithium. Il s'agit de la carbamazépine, toujours commercialisée à ce jour sous le nom de *Tégretol*. Les régulateurs de l'humeur vont s'avérer d'un apport considérable dans le traitement des troubles bipolaires.

### **§3. La réforme du 3 janvier 1968<sup>92</sup>, les incapables majeurs et la création du juge des tutelles.**

La loi du 30 juin 1838 a également défini le régime de capacité des internés aliénés et à la gestion de leurs biens. Elle prévoyait le régime particulier et provisoire des « aliénés non interdits » placés dans un établissement psychiatrique au vu de l'administration provisoire de leurs biens. La protection était une décision administrative écartant de fait le juge. En effet, le régime d'interdiction pouvait s'appliquer, entraînant une incapacité juridique quasi totale, où la désignation d'un conseil judiciaire pouvait déterminer une incapacité partielle. Ces deux mesures n'intervenant qu'après une procédure judiciaire longue et coûteuse, étaient très rarement appliquées. La loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs a marqué un changement radical, car elle ne concernait plus seulement les malades mentaux et posait le principe d'indépendance entre le régime de protection et le traitement médical. Avant la loi du 3 janvier 1968, toute personne admise dans un « asile d'aliénés » pouvait se voir confisquer la gestion de ses biens sur simple décision administrative. La loi du 3 janvier 1968 a dissocié la mesure de protection du patrimoine, de la mesure d'hospitalisation et donc des soins. De plus, le législateur a imposé un examen médical pour qu'un juge puisse prononcer l'ouverture d'une mesure de protection au motif que le majeur était atteint d'une altération de ses facultés. Enfin, en créant le juge des tutelles comme magistrat spécialisé, la loi de 1968 a prévu une graduation des mesures de la surveillance à l'assistance et en dernier lieu à la représentation. A partir de 1968, la personne atteinte de troubles mentaux non protégée juridiquement ne devait plus être confondue avec le majeur protégé.

### **§4. La santé mentale, des « trente glorieuses » à la mondialisation néolibérale.**

Dans les années 1970, en Italie, le psychiatre F. Basaglia fut l'artisan de la suppression de l'hôpital psychiatrique et de la mise en place d'une psychiatrie communautaire. Ce mouvement d'antipsychiatrie constituait la critique radicale du système psychiatrique européen, mais il a rencontré un faible écho en France. D'un point de vue sociologique, un rapport de 2009 à l'attention du ministre de la santé, mettait

---

92 Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs. JORF du 4 janvier 1968, page 114.

en évidence les liens entre la grande pauvreté, la marginalité et la psychiatrie<sup>93</sup>. Dans le contexte de l'expérience totalitaire de l'asile, ces trois dimensions constituaient la base historique de la discipline. Ce n'est que dans un deuxième temps que la discipline a précisé son domaine d'intervention sur des bases médicales et scientifiques. L'après guerre et les « trente glorieuses », avec la politique de secteur, ont permis à la psychiatrie française de protéger les personnes malades de la rue et de l'exclusion. A partir des années 1980, est apparue une volonté d'éviter l'hospitalisation pour intégrer les patients à la cité. La cité était alors présentée comme lieu privilégié de partenariat permettant aux usagers une insertion socioprofessionnelle. C'est dans cette mouvance qu'est apparu le nouveau paradigme de souffrance psychosociale. Il s'agissait de la prise en compte des liens identifiés entre précarité sociale et souffrance psychique. C'est dans ces circonstances que la psychiatrie française tentera d'opérer une mutation vers le concept plus large de « santé mentale ». Pendant cette période, l'avènement de la sectorisation psychiatrique, conjuguée avec les idées induites par les événements de 1968, a permis un mouvement d'ouverture et de tolérance envers la maladie mentale. Des moyens réels existaient, permettant un véritable travail d'insertion et d'accompagnement au long cours dans la cité. Aujourd'hui, cette influence est résiduelle, elle s'éteint sous les « coups de butoir » conjugués des restrictions budgétaires, de la diminution des moyens et des compétences ainsi que de l'approche comptable et codifiée. Pour J-P. Erragne, infirmier de secteur psychiatrique<sup>94</sup> : « quand on convoque la clinique, on se rend bien compte que c'est difficile de mettre des gens en carte. C'est même impossible puisqu'ils ne correspondent jamais à tous les critères [...] ». Le fait est qu'aujourd'hui la discussion clinique est de moins en moins présente au profit des discussions budgétaires. Nul doute que cette tendance va s'amplifier, avec la volonté des pouvoirs publics d'aligner la psychiatrie sur les principes de la tarification à l'activité. Il serait opportun de se souvenir, à ce propos, de cette réplique du psychiatre J. Oury aux évaluateurs : « Et le sourire d'un schizophrène, vous le mesurez comment ? Les années qu'il faut parfois pour qu'une rencontre soit possible, cela ne peut se quantifier ». Le psychiatre J-P. Martin situe la psychiatrie « au carrefour de l'ensemble des politiques publiques, que ce soient celles de la santé, de l'éducation, de l'action sociale et du logement, de la justice, du droit au travail et à l'emploi, de la culture et du développement<sup>95</sup> ». La psychiatrie implique un positionnement soignant d'accompagnement au long cours. Les prises en charge n'ont rien à voir avec les prises en charge somatiques. La complexité des pathologies et des trajectoires de vie est incompatible avec des calculs de durées de séjour standard pas plus qu'avec une mesure de souffrance, via les critères du DSM<sup>96</sup>. Pour le psychiatre H. Bokobza, la psychiatrie ne peut se réduire à une approche simple, elle doit répondre à une « mise en tension permanente des sciences de l'homme avec les sciences de la nature ». Pour le praticien, rompre avec cette démarche de réflexion permanente signifierait la fin du « caractère, paradoxal et efficace du soin ». Cependant les acteurs de la psychiatrie ne sont pas exempts de responsabilité dans l'évolution constatée. Il semble que l'on ait trop souvent confondu destruction de l'asile avec réforme de l'asile. Cela s'est traduit par ce que certains ont appelé des « externements abusifs », considérant qu'un patient installé seul en studio en ville était guéri et heureux. Cette vision dichotomique du « tout ou rien » n'a pas pris en compte les patients qui avaient toujours besoin de la fonction contenante et protectrice de l'institution. Si en 2003, les états généraux de la psychiatrie ont alerté sur la dégradation des conditions de soins, les pouvoirs publics n'ont pas réagi. Quant aux professionnels, ils n'ont donné pour leur part aucune suite.

L'approche clinique de la maladie mentale n'est pas consensuelle, plusieurs écoles se côtoient s'affrontent ou se complètent. Les classifications psychiatriques anglo-saxonnes et internationales DSM et CIM<sup>97</sup> tendent à circonscrire leur champ d'étude à la clinique, l'épidémiologie, la génétique et les neurosciences, en occultant les symptômes comme révélateurs des conflits inconscients sous-jacents.

---

93 GIRARD. V, ESTECAHANDY. P et CHAUVIN. P, rapport remis à Me Roselyne BACHELOT-NARQUIN, Ministre de la Santé et des Sports, *La santé des personnes sans chez soi*, plaidoyer et propositions pour un accompagnement des personnes à un rétablissement social et citoyen, novembre 2009.

94 BORREL. P, *Un monde sans fous*, éditions Champ social, 2010.

95 MARTIN. J-P, « Une psychiatrie où la liberté est thérapeutique », Médiapart, 14 octobre 2011.

96 Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders.

97 Classification internationale des maladies.

Il va sans dire que cette vision est largement privilégiée par l'industrie pharmaceutique. Cependant, cette approche qui s'écarte de la psychopathologie est très controversée, car elle exclue toute démarche psychanalytique et sociologique en s'appuyant sur une démarche catégorielle de recensement de signes et de symptômes. A propos de cette opposition, entre une approche fondée sur les symptômes, et la réflexion base de la psychopathologie, E. Minkovski écrivait<sup>98</sup> que les hallucinations, les idées délirantes, les impulsions, les réactions antisociales, l'agitation, la dépression, suffisent amplement quand « il s'agit [...] d'enseigner les éléments de la psychiatrie ». Il n'en est plus de même quand « [...] nous essayons de comprendre le fond qui conditionne tous les troubles [...] ». Selon F. Gonon<sup>99</sup>, les recherches en neurosciences n'ont abouti, ni à la mise au point d'indicateurs biologiques pour le diagnostic des maladies psychiatriques, ni à de nouvelles classes de médicaments psychotropes. De même, la génétique n'a identifié que quelques anomalies n'expliquant qu'un très petit pourcentage de cas et uniquement pour les troubles psychiatriques les plus sévères. A titre d'exemple, le pourcentage de cas expliqués par des anomalies génétiques le plus élevé n'est que de cinq pour cent pour l'autisme. En revanche, du point de vue des causes environnementales, les troubles de l'humeur semblent par exemple deux à trois fois plus fréquents en France et aux États-Unis qu'en Italie ou au Japon. Une hypothèse d'origine sociologique est soutenue par certains. Ainsi, l'intensité de la médicalisation des troubles psychiques dépendrait du type de démocratie en place. F. Dubet<sup>100</sup> distingue deux conceptions de l'égalité face au risque de troubles. Les pays anglo-saxons privilégient une égalité des chances à la naissance alors que l'Europe retient une égalité des places où l'écart des conditions socio-économiques est compensé par une redistribution. L'approche anglo-saxonne de l'égalité implique de ne pas remettre en cause l'environnement sociologique. La psychiatrie biologique est donc tenue de démontrer que l'échec social des individus résulte de leur handicap neurobiologique intrinsèque et non du modèle social dans lequel ils évoluent. Cette dernière approche revêt donc une importance politique essentielle en privilégiant l'individualisme au détriment des solidarités et du lien social.

Sur le plan international, le renforcement des mesures sécuritaires, à la suite des attentats du 11 septembre 2001, avec en corollaire l'acceptation tacite de la torture, a transformé les Etats-Unis en une société beaucoup moins libre. L'évolution américaine a également influencé nos sociétés européennes et en particulier la France. Indirectement, les malades mentaux en ont subi les conséquences car identifiés comme population à risque potentielle. Au risque de paraître alarmiste, la perméabilité actuelle de la société française aux thèses d'extrême droite est à ce propos particulièrement inquiétante. Pendant la campagne présidentielle de 2002, J-M. Le Pen considérait A. Carrel comme son maître en matière d'écologie. Cela donne à réfléchir lorsque l'on sait que Carrel, figure historique de l'extrême droite, fut un promoteur des idées eugénistes. Pour prendre la juste mesure, A. Carrel a écrit : « Quant aux autres, ceux qui ont tué, qui ont volé à main armée, qui ont enlevé des enfants, qui ont dépouillé les pauvres, qui ont gravement trompé la confiance du public, un établissement euthanasique pourvu de gaz appropriés, permettrait d'en disposer de façon humaine et économique [...] ». Certes l'histoire ne se répète pas à l'identique mais le devoir de mémoire est indispensable car comme l'affirme cette citation attribuée à B. Brecht : « celui qui oublie ou ignore son passé est condamné à le revivre ».

---

98 MINKOVSKI. E, *L'Evolution psychiatrique*, octobre 1929.

99 F. GONON est neurobiologiste, directeur de recherche CNRS à l'institut des maladies neurodégénératives, université de Bordeaux.

100 DUBET. F, *Les Places et les Chances : repenser la justice sociale*, Paris, Le Seuil, 2010.



## **CHAPITRE 2. L'ÉVOLUTION JURIDIQUE DE L'IRRESPONSABILITÉ PÉNALE POUR TROUBLES PSYCHIQUES.**

Les professeurs J-L. Senon et C. Manzanera<sup>101</sup> défendent l'hypothèse selon laquelle toute société assoit sa sécurité sur un équilibre fragile entre la justice et la psychiatrie. Précisément, cela se traduit par l'équilibre entre la répression sanctionnée par le Code pénal et la nécessité de soigner celui qui est reconnu comme malade mental. Dans ce second cas, on retient l'hypothèse que ces soins seront de nature à réduire la dangerosité de l'individu concerné<sup>102</sup>. En l'occurrence, toute modification du Code pénal en France a été contemporaine d'une évolution des lois établissant les soins sous la contrainte des malades mentaux. C'était le cas du Code pénal de 1810 suivi par la loi de 1838, mais également de la loi de 1990 suivie par le Code pénal de 1994. Ainsi, la notion d'irresponsabilité pénale pour troubles mentaux est restée figée de 1810 jusqu'au début des années 90. C'est en 1994 qu'est apparue dans le Code pénal, la nouvelle notion d'altération du discernement assortie de responsabilité pénale partielle. Il s'agissait d'un changement de paradigme important dont nous tenterons l'analyse. Cette problématique nous intéresse en particulier dans la mesure où les psychiatres interviennent comme experts, mais aussi parce qu'elle pose la question de la prise en charge.

### **SECTION 1. HISTORIQUE DU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITÉ PÉNALE.**

Selon l'article 122-1 du Code pénal, la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique, ayant aboli son discernement, ou le contrôle de ses actes, n'est pas pénalement responsable. Il s'en suit que les personnes déclarées irresponsables en raison de troubles mentaux ne sont pas condamnées. En amont du procès, le ministère public peut également renoncer à poursuivre un délinquant dont l'irresponsabilité ne fait aucun doute.

#### **§1. Généralités sur la responsabilité pénale.**

La responsabilité pénale concerne un fait volontaire ou involontaire qui trouble l'ordre public mais qui n'entraîne pas obligatoirement un préjudice. Elle est personnelle, individuelle et ne peut être endossée par un tiers. Lorsqu'elle est engagée, l'objectif est de punir l'auteur de la faute pénale. L'infraction pénale, engageant la responsabilité, nécessite la réunion de trois éléments. Il s'agit d'abord de l'élément moral, c'est à dire une intention volontaire de nuire ou une faute traduisant une négligence. Il y a également nécessité d'un élément légal, c'est à dire le contenu de la loi réprimant un comportement. Enfin, l'élément matériel est constitué par l'acte répréhensible en tant que tel, apprécié en particulier au regard du préjudice de la victime. Pour autant, il ne s'agit pas d'une confrontation entre victime et auteur, mais d'une répression sociale, exercée par l'intermédiaire des poursuites, engagées par le procureur de la République. Parmi les causes d'irresponsabilité pénale possibles retenues, il faut distinguer les faits justificatifs objectifs des causes de non-imputabilité des faits subjectifs. Les faits justificatifs sont des causes objectives de non-responsabilité, car ils proviennent de circonstance extérieure à l'auteur de l'infraction. Il s'agit de l'ordre ou autorisation de la loi, du commandement de l'autorité légitime, de la légitime défense et de l'état de nécessité. Par contre, les causes de non imputabilité sont des causes subjectives d'irresponsabilité. Elles trouvent leur origine dans la personne même de l'auteur des faits incriminés tels que les troubles psychiques. Pour que l'auteur d'un crime ou d'un délit soit accessible à la peine, il faut que la loi désigne le fait reproché. C'est l'élément matériel qui détermine le crime ou le délit. La loi doit prévoir une peine contre son auteur, c'est à dire l'élément légal.

L'expertise psychiatrique est spécifiquement concernée pour apprécier les capacités de discernement, car il faut que l'acte soit intentionnel pour retenir l'élément moral. L'acte doit être commis en conscience

---

101 SENON. J-L, MANZANERA. C, *Comment mieux répondre aux problèmes cliniques et médico-légaux actuels pour préserver une psychiatrie ouverte et dynamique.* <http://france.elsevier.com>

102 SENON. J-L, LAFAY. N, PAPET. N, MANZANERA. C, *Prison et psychiatrie: à la difficile recherche d'un équilibre entre sanitaire, social et judiciaire,* Revue pénitentiaire et de Droit Pénal, Cujas, 2000, p. 506. 23.



et volonté et son auteur est capable de comprendre et de vouloir. Cette compréhension est autrement dénommée par la doctrine comme « volonté libre et intelligence lucide ». Toute personne sous l'emprise de troubles mentaux, au moment des faits répréhensibles, peut être déclarée irresponsable en application de l'article 122-1 du Code pénal. Ainsi, selon le texte, « n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime ». Ainsi, après expertise psychiatrique, un prévenu ou accusé atteint d'un trouble psychique ou neuropsychique, peut être reconnu comme incapable de comprendre et vouloir, ou autrement dit, d'avoir une intention délictueuse ou criminelle. La justice décide alors que l'auteur du crime ou du délit n'est pas punissable. Dans les faits, en 2005, selon le rapport de la commission « Violence et santé mentale<sup>103</sup> », sur 51411 mis en examen pour crime ou délit, 212 seulement ont bénéficié d'un non-lieu pour irresponsabilité mentale (0,4 % des crimes et délits).

En 2003, à la demande du ministre de la justice, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CCNDH) s'est prononcée sur l'évolution de l'irresponsabilité pénale pour troubles mentaux. La CCNDH a souhaité améliorer la prise en considération des victimes, dans le déroulement des procédures pénales. Pour cela, elle a considéré en préalable que la victime qui peut déjà être partie civile, ne devait pas devenir le centre du procès pénal. Selon la commission, la sanction doit toujours être mise en œuvre, au nom de la société, par l'Etat qui est seul à avoir le droit de punir. Concernant un plus large débat judiciaire, la Commission a pensé qu'il fallait toutefois maintenir un débat judiciaire, même en cas d'irresponsabilité de l'auteur. Si, pour la CCNDH, une décision sur l'imputabilité semblait opportune pour la victime et pour l'auteur de l'acte, en revanche, il lui semblait inutile de créer une autre juridiction à cette fin. De plus, le juge d'instruction devrait se prononcer sur l'imputabilité dans le cadre de sa mission existante, mais de manière plus formalisée. La CCNDH approuvait en définitive, toute mesure qui aurait permis d'améliorer l'information des victimes sur la décision prise dans le cadre de la procédure pénale. En revanche, elle a considéré qu'une organisation compliquée de cette nouvelle procédure n'apporterait rien à la victime, si ce n'est une confrontation de souffrances de la victime avec l'auteur lui-même malade. Pour la commission cela ne constituerait pas plus une explication qu'une réparation mais le plus souvent un drame supplémentaire. L'intervention de la justice stigmatiserait alors le malade en l'assimilant à un criminel.

## §2. La responsabilité pénale sous l'ancien régime.

Au Moyen-âge, suivant l'héritage du droit romain et du droit canonique, les malades mentaux ayant commis des infractions étaient déclarés irresponsables de leurs actes. La coutume du Beauvaisis<sup>104</sup> soulignait qu'« ils ne sont pas jugés comme les autres, car ils ne savent pas ce qu'ils font ». Lorsqu'un meurtrier était jugé et condamné à mort, sa famille pouvait introduire une demande de procès en « rémission » en invoquant la folie. Si cette demande était acceptée, le meurtrier n'était pas exécuté, mais il était enfermé par mesure de sûreté. Exceptionnellement, si le crime était jugé trop grave pour l'ordre social, c'est à dire relevant du blasphème, du crime de lèse-majesté ou du parricide, le criminel était exécuté. C'est le crime lui-même qu'il convenait de punir de façon spectaculaire et exemplaire plus que le coupable. Cette position reposait sur une approche humaniste et philanthropique. Elle considérait que le fou était déjà puni par sa maladie et qu'il ne devait pas être puni une deuxième fois pour un acte qu'il ne comprenait pas. A partir du XIe siècle la situation a évolué et la reconnaissance de la démence est devenue une compétence des Parlements. Il était possible de faire appel sauf pour les crimes contre le roi, la religion ou l'Etat, qui ne pouvaient pas donner lieu à une information pour démence. En résumé, par principe, les meurtriers reconnus irresponsables étaient d'abord condamnés à mort avant

103 BOKOBZA. H, FERRERI. R, SADOUL. P, BELLHASEM. P, POLI. A, *La relance d'une politique de la peur*, 15 décembre 2008, <http://www.liberation.fr>

104 BEAUMANOIR. P, *Coutumes de Beauvaisis*, 1283.

d'être reconnus fous puis enfermés à vie. A la fin du XVIIIe siècle, l'ancien droit retenait le principe de l'irresponsabilité pénale de « l'insensé<sup>105</sup> ». P-F Muyart de Vouglans<sup>106</sup> écrivait en 1780 que « les insensés, les furieux, les imbéciles sont exempts d'accusation ». Il les comparait aux enfants et aux animaux « privés de la liberté d'esprit nécessaire pour commettre le crime [...] assez punis par le malheur de leur état ». Certaines situations comme les crimes de lèse-majesté ou contre la religion faisaient toutefois l'objet d'une punition exemplaire. Muyart de Vouglans dépassait le principe de droit pénal matériel et considérait que la preuve de la folie devait s'administrer par le rapport des médecins. Il rappelait déjà que la folie devait être la cause de l'infraction pour retenir l'irresponsabilité.

### §3. La responsabilité pénale dans le Code pénal de 1810 : l'article 64.

La Révolution française n'a pas remis en cause le principe de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux et aucun texte des révolutionnaires n'est venu en préciser le régime. Ni le premier Code pénal de 1791, présenté par Le Pelletier de Saint-Fargeau à l'Assemblée constituante, ni le « Code du délit et des peines » du 22 octobre 1795<sup>107</sup>, ne font référence à la situation des malades mentaux ayant commis des infractions. Les juges ont continué à appliquer la jurisprudence de l'ancien régime. Le juge qui doutait de la santé mentale de l'accusé pouvait requérir l'avis d'un ou plusieurs médecins, afin de déterminer celui-ci pouvait être déclaré responsable de ses actes. Comme sous l'Ancien-régime, l'individu déclaré irresponsable n'était pas condamné, mais il pouvait faire l'objet d'une procédure de rétention permettant de préserver l'ordre public.

L'article 64 du Code pénal de 1810 est venu combler le vide juridique issu de la Révolution. Il disposait qu'il n'y a « ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au moment de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ». Le terme de démence est à prendre ici au sens large, utilisé dans la loi avec un sens différent de la nosographie clinique actuelle. Les psychiatres ont d'ailleurs rapidement utilisé l'expression « d'état de démence au sens de l'article 64 du Code pénal » pour faire la distinction avec les démences en tant que maladies neuro-dégénératives. Cet article, qui reprenait les principes préexistants, considérait l'état de démence au temps de l'action. L'approche était manichéenne puisque la médecine était chargée de la répression du fou et à la justice de la répression du criminel. Il faut cependant resituer l'adoption de ces dispositions juridiques dans le contexte de la naissance de la psychiatrie, sous l'impulsion de Pinel. Celui-ci auteur d'un traité<sup>108</sup> fondateur de la psychiatrie, considérait que le malade mental était un être raisonnable atteint d'un trouble qu'il convenait avant tout de soigner. Pour Pinel, comme pour Esquirol, l'aliéné était un malade qui ne pouvait être puni. Selon leur point de vue, tout trouble mental, même partiel, devait entraîner l'irresponsabilité totale. Les aliénés devaient être tenus pour des malades authentiques et, quel que soit leur comportement, ils ne pouvaient être ni poursuivis ni condamnés. Cette conception figurait d'ailleurs dans l'article 489 du Code civil de 1804 relatif à l'interdiction qui préfigurait les futures mesures de protections. Ce dernier disposait que « le majeur qui est dans un état d'imbécillité, de démence ou de fureur doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides ». La démence, ou aliénation mentale, ou encore folie au sens de l'article 64, s'entendait au sens large et recouvrait toutes les pathologies mentales qui engendraient la perte du libre arbitre. Les travaux préalables à l'adoption du Code pénal ont été menés par les juristes mais sans éclairage clinique. Curieusement, les aliénistes et en particulier Pinel, pour qui la démence n'était qu'une des formes de l'aliénation mentale, n'ont pas participé à l'élaboration du texte. Le principe de l'irresponsabilité était une évidence et ne prêtait pas à cette époque à controverse. Le Code pénal de 1810 établissait une nette séparation entre le criminel et le malade mental. L'article 64 de l'ancien Code pénal prévoyait sans ambiguïté deux possibilités distinctes. Dans le premier cas, le criminel était conscient de ses actes et il était alors déclaré coupable et responsable et devait être puni en conséquence. Si, par contre, il était en état de démence reconnu,

105 CARBASSE. J-M, *Introduction historique au droit pénal*, PUF, 1990, n°105.

106 MUYART DE VOUGLANS, *Instituts de droit criminel*, Paris, Cellot, 1758, p. 74.79.

107 Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4 (25 octobre 1795), contenant les lois relatives à l'instruction des affaires criminelles.

108 PINEL. P, *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale, ou la manie*, L'Harmatan, 2006.

il ne pouvait pas être jugé. Alors, si ses troubles constituaient une menace pour l'ordre public ou la sûreté des personnes, il était remis à l'autorité administrative qui décidait de son placement d'office dans un établissement pour aliénés.

#### **§4. Une remise en cause du principe du « tout ou rien » : la circulaire « Chaumie ».**

L'article 64 du Code pénal, qui reposait sur une distinction nette, entre le criminel d'un côté, et le malade mental de l'autre, a fait rapidement l'objet de critiques et de contestations. A partir des années 1830-1840, des voix de plus en plus nombreuses ont contesté cette approche binaire. La distinction entre le criminel et le fou apparaissait de plus en plus difficile à distinguer. Une première réforme du Code pénal a introduit en 1824 la possibilité de retenir des circonstances atténuantes à l'acte. A partir de 1830, des propositions sont apparues en vue de la création d'un asile spécialisé pour « aliénés criminels ». La notion de responsabilité a évolué grâce aux progrès des connaissances psychiatriques. Ces dernières ont mis progressivement en évidence l'existence de différents degrés dans la maladie mentale<sup>109</sup>. Cependant l'article 64 du Code pénal ne prévoyait pas ces évolutions et, par voie de conséquence, n'envisageait pas la situation des « demi-fous », présentant des troubles mentaux, mais sans que leur capacité de discernement soit totalement abolie. Ce sont les lois du 25 juin 1824 et du 28 avril 1832 qui ont enfin ouvert la possibilité aux juges de reconnaître des circonstances atténuantes dans certains crimes et délits. Les juges ont pu dès lors adapter en conséquence la peine aux circonstances de l'infraction ainsi qu'à la personnalité et aux motivations de l'accusé<sup>110</sup>. Par la suite en 1885 la Cour de cassation<sup>111</sup> a posé explicitement le principe jurisprudentiel de l'atténuation de la peine, en cas d'altération du discernement. La Cour a considéré qu'il n'y a pas violation de l'article 64 du Code pénal lorsque l'on condamne un prévenu « tout en constatant, pour justifier la modération de la peine, qu'il ne jouit pas de la somme ordinaire de jugement que caractérise un complet discernement des choses, et qu'il y a en lui un certain défaut d'équilibre qui, sans annuler sa responsabilité, permet cependant de la considérer comme limitée ». C'est le 20 décembre 1905 que le ministre de la justice, J. Chaumie, a adressé aux parquets généraux une circulaire posant le principe de l'atténuation de la peine. Elle concernait les personnes reconnues responsables de leurs actes tout en présentant un trouble mental. Précisément, elle prenait en compte le fait que « à côté des aliénés proprement dits, on rencontre des dégénérés, des individus sujets à des impulsions morbides momentanées ou atteints d'anomalies mentales assez marquées, pour justifier à leur égard une certaine modération dans l'application des peines édictées par la loi ». Pour Chaumié, il importait que « l'expert soit mis en demeure d'indiquer avec la plus grande netteté possible, dans quelles mesures l'inculpé était, au moment de l'infraction, responsable de l'acte qui lui est imputé ». Suite à cette circulaire, le juge d'instruction a demandé systématiquement à l'expert de se prononcer sur l'état de démence de l'inculpé, au moment de l'acte, au sens de l'article 64 du Code pénal. Il demandait à l'expert de préciser « si l'examen psychiatrique et biologique ne révèle pas chez lui des anomalies mentales ou psychiques de nature à atténuer, dans une certaine mesure, sa responsabilité ».

## **SECTION 2. DU NON LIEU À LA DÉCLARATION D'IRRESPONSABILITÉ PÉNALE POUR CAUSE DE TROUBLES MENTAUX.**

Le droit pénal n'est pas du tout neutre mais au contraire très idéologique. Il évolue dans le temps et aujourd'hui, la notion de fonction de rétribution de la peine est sensiblement en recul. En effet, la rétribution concerne le passé et n'intéresse pas l'avenir de la société. La fonction de rétribution se fonde sur la faute de l'auteur et sur sa culpabilité au moment de l'infraction. Mais aujourd'hui, la déconnexion de la peine avec l'infraction est de plus en plus fréquente. Ainsi la rétention de sûreté consiste à infliger une privation de liberté, reconductible indéfiniment, sur la base d'expertises psychiatriques, alors que la

109 GUIGNARD. L, *L'irresponsabilité pénale dans la première moitié du 19e siècle, entre classicisme et défense sociale*, Champ pénal, juillet 2005.

110 Proposition de loi relative à l'atténuation de responsabilité pénale applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits, rapport n° 216 de J-P. Michel, fait au nom de la commission des lois, déposé le 12 janvier 2011.

111 Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle, tome 90, n° 170, année 1885, 1887, page 285.

personne a déjà purgé sa peine. Le criminologue R. Gassin soutient l'hypothèse selon laquelle nous sommes passés des fonctions instrumentales aux fonctions symboliques de la peine, avec l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale. La peine serait une réponse symbolique à une demande de punition émanant du public, notamment une réaction de la puissance publique à la délinquance. Selon le point de vue du criminologue, le principe de la réaction l'emporterait sur le contenu de la réaction. L'hypothèse étant que nous n'attendrions plus de la peine un reflux de la délinquance, en vue de stabiliser la société, mais seulement une réaction à des événements ponctuels de la part des autorités.

### **§1. Violences : les malades mentaux plus victimes qu'auteurs.**

Pour Bonnafé, on ne creusera jamais avec assez d'attention la problématique profonde que constitue le couple « folie et délinquance ». Pour autant, il n'est pas juste de subordonner le débat sur « Loi et folie » à ce seul registre<sup>112</sup>. La France dispose de peu de données statistiques fiables sur la dangerosité des malades mentaux. Dans son rapport de 2006<sup>113</sup> remis au ministre de la santé, le Dr A. Tursz a constaté qu'il y avait une surabondance de la littérature consacrée aux violences causées par des personnes souffrant de trouble psychiatrique grave alors que peu de recherches ont été menées sur la problématique des violences que subissent patients ou anciens patients. Une étude transversale de personnes sans domicile fixe et souffrant de trouble mental a montré que quarante-quatre pour cent des sujets avaient subi des violences. Il pouvait s'agir d'un vol, d'une attaque physique, d'une agression sexuelle, ou encore d'un cambriolage ou d'une menace avec une arme. Une autre étude<sup>114</sup> assez ancienne révèle que chez des schizophrènes vivant en logements thérapeutiques, trente-quatre pour cent avaient été victimes d'agression au cours de l'année écoulée. Dans une autre étude britannique, concernant des patients atteints de psychose, vivant en dehors de l'hôpital, les résultats montraient que seize pour cent avaient été soit battus, molestés ou agressés dans l'année écoulée. De nombreuses autres études sont détaillées dans le rapport « Violence et santé mentale<sup>115</sup> », établi par la commission dirigée par A. Lovell. Ces études concernaient des personnes atteintes de troubles mentaux, mais vivant en dehors des structures de soins. La commission considérait que la prédictibilité de la survenue d'un comportement violent chez une personne précise était actuellement impossible car « Les facteurs contextuels, événementiels, aléatoires et contingents sont à la fois trop nombreux et trop divers, et leur association, trop variable et singulière, pour leur conférer un poids stable et une fiabilité dans la prédiction de la survenue de l'acte violent ».

Les psychiatres D. Gourion et A. Gut-Fayand<sup>116</sup> considèrent que les schizophrènes sont beaucoup plus fragiles et vulnérables que dangereux. De nombreuses idées reçues circulent sur les troubles schizophréniques mais, selon les praticiens, les personnes touchées « sont bien loin de l'image dépeinte par les médias ». Les deux psychiatres rappellent que la grande majorité des schizophrènes ne sont pas dangereux. La proportion de ceux qui présentent des troubles du comportement aigus est réduite et ce type de problème apparaît chez les patients qui ont arrêté leur traitement ou ceux qui ont consommé des toxiques. Pour les deux praticiens, les schizophrènes sont plus souvent victimes qu'auteurs de violences et ils sont surtout très fragiles. A ce propos, il paraît important de rappeler un élément souvent passé sous silence, il s'agit du suicide, qui est particulièrement élevé chez les personnes schizophrènes, puisqu'il concerne un patient sur six. D'un point de vue juridique, la doctrine considère les personnes atteintes de troubles psychiques comme particulièrement vulnérables, justifiant de ce fait une attention spécifique. Dans les textes cette notion apparaît dans le Code pénal<sup>117</sup>, qui prévoit des peines aggravées pour les atteintes à des victimes particulièrement vulnérables en raison

---

112 « Légiférer sur les fous. Entretien avec Lucien BONNAFÉ 1989 », VST-Vie sociale et traitements, 2003/2 no 78, p. 34-37.

113 TURSZ. A, *Violence et santé*, rapport préparatoire au plan national, ministère de la santé, 2006.

114 LEHMAN, WARD, LINN, *Chronic mental patients: The quality of life issue*, American Journal of Psychiatry, 1982.

115 Travaux préparatoires à l'élaboration du Plan Violence et Santé en application de la loi relative à la politique de santé publique du 9 août.

116 GOURION. D et GUT-FAYAND. A, « Les schizophrènes sont plus fragiles que dangereux », propos recueillis par Alain Sousa, 17 septembre 2010, *droitissimo.fr*

117 Art. 222-3 du Code pénal.

d'une particulière vulnérabilité due à une déficience psychique. Pour J-L. Senon et C. Manzanera<sup>118</sup>, le taux d'actes recensés pour des patients, régulièrement traités, est tout à fait comparable à celui de la population générale. Quatre-vingt-dix pour cent des malades mentaux ne commettent jamais d'actes de violence. Toujours allant dans le sens d'une dangerosité surestimée, J-L. Senon, président de la commission d'audition sur la dangerosité des schizophrènes, souligne que « contrairement à des idées erronées, les crimes commis par les malades mentaux sont l'exception ». Selon le rapport de la commission, entre deux et cinq pour cent des homicides sont commis par des malades mentaux et pour les agressions sexuelles, les malades mentaux sont très peu représentés. Par contre J-L. Senon rappelle également que les malades mentaux « sont sept à dix-sept fois plus fréquemment victimes de violences que la population générale ».

Concernant les décisions d'internement, d'un point de vue sociologique, une étude réalisée en 2003 au Centre hospitalier du Vinatier sur des patients hospitalisés, montrait que l'on retrouvait plus souvent dans le cas de personnes hospitalisées d'office des difficultés psychosociales telles que l'isolement ou une situation d'exclusion et, dans le cas de personnes hospitalisées à la demande d'un tiers, des difficultés plutôt liées à l'entourage proche. D'après les données des Commissions départementales d'hospitalisation psychiatriques<sup>119</sup>, on constate entre 1999 et 2009 l'augmentation sur dix ans de vingt-cinq pour cent pour les HDT et de cent-quinze pour cent pour les HO<sup>120</sup>. Il s'agit là d'un élément de réflexion qui ne saurait toutefois avoir valeur statistique générale, au regard notamment des très fortes variations entre départements.

L'exploitation médiatique outrancière de faits divers impliquant des malades mentaux contribue à une perception négative de la maladie mentale. Elle constitue également un facteur aggravant des troubles des patients. L'image médiatique de leur maladie qui est véhiculée les enferme dans une image de criminel dangereux à laquelle ils risquent finalement de se conformer. Il est donc indispensable de prendre le recul nécessaire et d'adopter une approche la plus objective possible. A ce propos, il est utile de préciser que les conduites addictives, prise d'alcool et de drogue, fréquentes dans ces pathologies, multiplient le risque de passage à l'acte. Il est évident que l'abus de drogue et d'alcool majore le risque de violence chez un malade mental. Les effets sont semblables à ceux manifestés par une personne indemne de tout trouble mental. Les données sociologiques et démographiques de la précarisation ainsi que les difficultés de réhabilitation des malades mentaux, sont également à prendre en compte. Les caractéristiques des patients violents sont sensiblement les mêmes que dans la population générale. Ils sont jeunes, de sexe masculin, avec un statut socio-économique précaire. Les études montrent quasiment toutes que la pauvreté, le chômage, un milieu défavorisé et le quartier de résidence jouent également un rôle majeur dans les risques de passage à l'acte. Ceci laisse penser qu'une société moins « dure » associée à un dispositif médico-social ambitieux, pourraient faire diminuer cette relative dangerosité par un accompagnement plus efficient.

Dans un communiqué consécutif au discours d'Antony de N. Sarkozy, des professionnels et usagers soulignaient à nouveau que la très grande majorité des malades mentaux n'étaient pas dangereux mais au contraire étaient plus victimes que le reste de la population<sup>121</sup>. Ceci permet de relativiser le rapport<sup>122</sup> de la mission de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS), qui a dénombré une vingtaine de meurtres en cinq ans imputables à des malades mentaux. A ce propos, la Secrétaire d'Etat à la santé N. Berra, rappelait devant le Sénat que « les troubles mentaux touchent un cinquième de la population française ». Selon la ministre, sur ce total de personnes souffrant de maladies mentales, « il y en a

---

118 SENON. J-L., MANZANERA. C., *Psychiatrie et justice pénale : la difficile recherche d'un équilibre entre soigner et punir*, Actualité juridique pénale, Dalloz. 2006.

119 COLDEFY. M., *La prise en charge de la santé mentale*. Recueil d'études statistiques, ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité, Etudes et statistiques, 2007, p. 208.

120 Observatoire des Prisons et Autres Lieux d'Enfermement ou de restriction des libertés (OPA.LE), tableau de bord du 1er juillet 2011, sous la direction de TOURNIER. P-V, directeur de recherches au CNRS.

121 *Y a-t-il de plus en plus de fous dans les rues?* Ca m'intéresse, mars 2009.

122 Rapport de l'IGAS, *Analyse d'accidents en psychiatrie et propositions pour les éviter.*, Dr LALANDE. F et LEPINE. C, mai 2011.

environ soixante dix mille personnes par an, dont les troubles rendent impossible leur consentement aux soins, soit seulement cinq pour cent des malades ». Selon l'enquête disponible de l'INSEE, portant de 1998 à 2000<sup>123</sup>, deux tiers des personnes hospitalisées se trouvaient en dehors du marché de l'emploi. La même proportion d'entre eux bénéficiait d'une reconnaissance administrative d'incapacité. Elles souffraient principalement de limitations de mobilité et de limitations intellectuelles et scolaires. Le recours aux soins spécialisés en santé mentale a été analysé par l'enquête de l'INSEE de 2003<sup>124</sup>. Il concernait les personnes ayant déclaré avoir consulté ou avoir été hospitalisées dans un service de psychiatrie. Il s'agissait en majorité des femmes et dans plus de la moitié des cas de personnes seules. Ce recours était généralement motivé par un trouble psychique avec une propension plus forte à consulter quand le niveau de formation était élevé. Aujourd'hui, les psychiatres reçoivent surtout des adultes en détresse psychique et aux parcours professionnels perturbés. Enfin, les personnes qui ont été hospitalisées en psychiatrie cumulent le plus souvent de lourdes difficultés sociales et un important recours aux soins non psychiatriques. L'enquête handicaps-incapacités-dépendance (HID)<sup>125</sup>, estime à plus d'un million le nombre de personnes vivant à domicile qui déclare consulter régulièrement pour troubles psychiques ou mentaux. Les difficultés cognitives sont plus fréquentes parmi les personnes suivies régulièrement pour troubles psychiques avec des conséquences sur la vie quotidienne qui génèrent un besoin d'aide pour certaines tâches de la vie quotidienne. Le taux de chômage des malades mentaux est enfin très élevé, ils bénéficient de loisirs limités et sont isolés d'un point de vue affectif.

Le rapport de l'HAS<sup>126</sup> sur la dangerosité des malades mentaux terminé depuis le mois de mars 2011 fait un point honnête et documenté sur cette question. Pour certains observateurs, « il prend le contre-pied des clichés établissant une sorte d'équation entre fou et dangereux, clichés qui ont fortement inspiré le texte de loi sur la psychiatrie<sup>127</sup> ». L'HAS recommande de savoir et « faire savoir auprès des professionnels, des décideurs politiques et de la population que les comportements de violence grave sont exceptionnels chez les personnes souffrant de troubles mentaux et qu'elles en sont plus souvent les victimes principales ». De rares faits divers graves annuels, sont imputables à des malades mentaux. Par comparaison, les statistiques montrent qu'une femme meurt sous les coups de son compagnon, tous les deux jours et demi, sans pour autant recueillir un écho équivalent. Cet argument comparatif permet de largement relativiser la dangerosité supposée des malades mentaux comparativement à « monsieur tout le monde ». Les psychiatres et les infirmiers<sup>128</sup> reconnaissent que les modalités de leur travail pouvaient favoriser l'émergence de la violence, essentiellement à cause du manque de temps et de disponibilité. A ce propos, le psychiatre A. Pidolle a souligné que le travail de réunion et de coordination a considérablement diminué. Il dénonce également l'augmentation des files actives, avec comme corollaire les diminutions de durées moyennes de séjour, ce qui induit un appauvrissement des prises en charge. Selon ce dernier, « Le temps d'échanges, de transmission, de passages de consigne pour discuter des cas n'est plus là ». Bien que toujours financée par dotation annuelle, d'ailleurs en diminution régulière, un conditionnement latent se met en place pour parvenir à un financement à l'activité, dispositif considéré comme fort peu pertinent pour valoriser des soins essentiellement basés sur la relation humaine.

---

123 CHAPIREAU. F, Ministère des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, Ministère de la Santé, de la famille et des personnes handicapées, DREES Etudes et résultats, N° 206 , décembre 2002.

124 CHAPIREAU. F. Ministère des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, Ministère de la Santé, de la famille et des personnes handicapées, DREES, Etudes et résultats, N°533, novembre 2006.

125 CHAPIREAU. F, ANGUIS. M, DE PERETTI. C, ministère des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, Ministère de la Santé, de la famille et des personnes handicapées, DREES, Etudes et résultats, N° 231, avril 2003.

126 Rapport d'orientation de la commission d'audition, *dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive, chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur*, HAS/Service des bonnes pratiques professionnelles, mars 2011.

127 FAVEREAU. E, « Des fous pas si furieux. Un rapport dévoilé jeudi va à l'encontre des clichés sur la dangerosité des malades mentaux », 9 juillet 2011, [www.liberation.fr](http://www.liberation.fr)

128 « La violence peut aboutir à un meurtre », sous la direction du Dr A. RICHARD, 27/07/2011, [sante-guerir.notrefamille.com](http://sante-guerir.notrefamille.com)

L'expérience québécoise du centre P. Pinel de Montréal<sup>129</sup> souligne, dans une étude mesurée, que l'essentiel de la violence dans la société n'est pas dû aux malades mentaux. Une politique qui voudrait s'attaquer aux racines de la violence ne peut se centrer sur la psychiatrie qui, à *contrario*, a besoin de solidarité humaine pour les patients et leurs proches. Les pathologies exposent ces patients à des dangers objectifs tels que la rupture ou l'insuffisance des soins souvent corrélées avec une rupture sociale. On ne peut abandonner ces patients à la rue et la grande pauvreté, sous prétexte de respect de l'autonomie. A l'extrême, il n'est pas non plus acceptable de les voir en prison. Dans le même temps, il faut admettre que certains patients représentent un risque de violence physique plus élevé que celui de la population générale. On connaît cependant certaines caractéristiques qui constituent un facteur de risque de comportement violent. L'école québécoise retient que les antécédents de violence, la non-observance des traitements ainsi que la rupture du suivi, les addictions, une production psychique à thématique violente et une symptomatologie psychotique aiguë, ainsi que des lésions cérébrales, sont des facteurs de risques à retenir en termes de prévention. Il conviendra également de faire la part entre une violence destructive inacceptable et un ressentiment du patient confronté à une stigmatisation résultant de ces troubles. Au vu du constat général, il semble que le psychiatre peut alors contribuer à éviter des drames par l'engagement clinique. Pour autant, J.L. Dubreucq, C. Joyal, et F. Millaudet considèrent que cet engagement clinique n'exonère pas le législateur d'une intervention. Il faut pouvoir exceptionnellement intervenir contre le gré des patients, avec discernement, sous le regard de la loi et la protection du juge, pour éviter à ces personnes l'exclusion et les comportements violents.

## §2. La protection de la société : une approche positiviste préventive.

Sous l'influence de l'école positiviste à la fin du XIXe siècle et notamment de C. Lombroso, nombreux sont ceux qui se prononçaient en faveur du remplacement de la notion de responsabilité par celle de « dangerosité ». L'école positiviste, représentée par Lombroso et Ferri, est très critique à l'égard de la construction du droit pénal classique. Ils contestent l'exclusion de responsabilité des aliénés criminels. Lombroso, s'inspirant des études du neurologue allemand Gall, développa une approche basée sur la notion d'hérédité et de « criminel né » à partir d'études phrénologiques sur l'apparence physique et les caractéristiques crâniennes. Le sociologue L. Mucchielli<sup>130</sup>, rappelle que « fondamentalement Lombroso percevait le criminel comme un individu anormal et pathologique. Étant déviant, l'individu devait bien porter sur lui les symptômes de sa pathologie, et le but de l'anthropologie criminelle était, entre autre, de déterminer ces signes ». Lombroso, professeur de médecine légale à Turin, a classé les délinquants selon la forme de leur crâne<sup>131</sup>. S'intéressant aux causes endogènes du crime, il était déterministe dans le sens où selon sa théorie, les données personnelles peuvent déterminer des comportements criminels. Le déterminisme se caractérise par la négation du « libre arbitre » et refuse l'idée des peines fondées sur une faute morale. Si la doctrine positiviste a influencé l'orientation de la politique criminelle internationale, les codes pénaux positivistes sont très rares, mis à part ceux de l'Allemagne nazie et de l'Italie fasciste. Le seul fondement attribué à la sanction par les positivistes est la défense de la société. La répression est uniquement justifiée par le concept de « défense sociale ». Pour Lombroso, la défense de la société autorisait des mesures de prévention et des mesures de répression ou mesures de sûreté. Précisément, c'est la logique de la rétention de sûreté qui consiste à priver de liberté un individu potentiellement dangereux. Cette théorie est basée sur l'élimination ou la contention des « classes dangereuses ». Pour les tenants d'une approche positiviste, le chômage, la prostitution, l'alcoolisme sont potentiellement des facteurs de criminalité nécessitant des mesures de sûreté. En France, la politique législative pénale ne s'est jamais réclamée officiellement du positivisme. Cette doctrine présente un danger pour les libertés, mais un certain nombre de réformes récentes sont cependant directement d'inspiration positiviste. Ainsi, la loi « Dati », relative à la rétention de sûreté du 25 février 2008, en constitue l'exemple le plus récent. Ce texte prévoit que, la peine exécutée, la

---

129 DUBREUCQ. J.-L., JOYAL. C., MILLAUDET. F., *Risque de violence et troubles mentaux graves*, Annales Médico-Psychologiques, 163 (2005) 852-865, <http://france.elsevier.com>

130 MUCCHIELLI. L., *Histoire de la criminologie française*, éditions L'Harmattan, Paris, 1995, p. 107.135.

131 LOMBROSO. C., *L'homme criminel*, Nabu Press, 2010.

personne peut rester privée de liberté. Cette conception fondée sur la dangerosité permet la prolongation de détention sans fin. La peine de mort n'existe plus, mais on lui substitue d'une certaine façon une sorte de « mort sociale ». Cette vision constitue bien une rupture comme le souligne R. Badinter<sup>132</sup>. Il existe deux types de justice, soit une justice de réhabilitation, soit une justice d'élimination d'essence positiviste. Il n'existe une conception de la justice selon laquelle l'être humain ne se résume pas à un seul acte, aussi atroce soit-il. L'être humain peut changer, se transformer pour retrouver la communauté des hommes libres. L'autre vision considère, au contraire, que certains êtres sont si profondément pervers ou dangereux qu'ils n'ont pas leur place dans la société et doivent en être écartés pour toujours. En psychiatrie, ces théories positivistes ont eu un écho antérieurement à l'évolution de la pharmacopée et à la découverte des psychotropes. En effet, le déterminisme organique répondait à la fois à une forme de pessimisme et de résignation thérapeutique des psychiatres, ainsi qu'à la peur des « classes dangereuses ». Certains ont même avancé que l'irresponsabilité absolue n'existait pas chez l'aliéné en s'appuyant sur le fait que les directeurs des asiles infligeaient souvent aux fous des punitions pour maintenir la discipline. En effet, le relatif succès de ces punitions prouvait à leurs yeux, que les aliénés étaient accessibles à la peine.

S'il faut toutefois resituer ces orientations dans leur contexte, l'approche déterministe n'a pas disparu pour autant. Il existe encore des tenants d'une origine génétique de la folie et des travaux de recherche sont encore menés dans ce sens. Les travaux d'anthropologie, phrénologie, pathognomonie ont surtout rencontré un vif intérêt chez ceux qui avaient en charge la sécurité. D'un point de vue technique, la description physique des individus a constitué la première approche anthropométrique permettant d'identifier les délinquants récidivistes. A titre de rappel historique, lorsque le repérage des délinquants au « fer rouge » fut abandonné, la description physique constitua le seul repérage avant l'invention de la photographie.

### **§3. L'altération du discernement : l'article 122-1 du Code pénal.**

Cinq états mentaux sont concernés par l'article 122-1 du Code pénal et permettent de diagnostiquer une abolition du discernement. Il s'agit d'abord de la schizophrénie en poussée aiguë, accompagnée de bouffées délirantes, entraînant le sujet en dehors de la réalité. Les délires paranoïaques, avec mécanisme interprétatif ou intuitif, sur une thématique de persécution, accompagnés d'une conviction inébranlable dans ses intuitions ou interprétations sont également concernés. L'état confusionnel ou semi-confusionnel, pouvant aussi être constaté à l'occasion d'une maladie somatique, peut également emporter l'abolition du discernement. Une abolition du discernement peut enfin être diagnostiquée dans une situation de déficit mental moyen ou profond. Le trouble psychique ou neuropsychique signifie l'aliénation mentale quelle que soit sa forme<sup>133</sup>. Il s'agit bien de troubles durables de l'intelligence tels que l'arriération mentale, mais il peut s'agir aussi de maladies cérébrales graves ou de maladies évolutives comme les psychoses paranoïaques aiguës ou chroniques délirantes, de troubles mentaux, d'épilepsie ou de psychoses maniaco-dépressives. Ce sont quatre-vingts pour cent des pathologies psychiatriques qui entraînent systématiquement la qualification d'altération du discernement et maintiennent la responsabilité du prévenu<sup>134</sup>.

Le terme d'imputation a une connotation morale revenant à l'action d'imputer à quelqu'un une chose blâmable. L'imputabilité se définit en revanche comme le caractère de ce qui peut ou doit être imputable, c'est à dire attribué à une personne au sens de la responsabilité qu'elle doit porter. Le trouble mental permet éventuellement de ne pas imputer l'infraction si le trouble empêche l'auteur de comprendre le caractère prohibé de son acte. Cette absence de discernement qui est la conséquence du trouble, doit donc être présente au moment de la commission de l'infraction. Par contre, si cet acte

132 BADINTER. R, *Les épines et les roses*, Fayard, 2011.

133 LEYRE. J, *Manuel de psychiatrie légale et de criminologie clinique*, 1977. p. 49.

134 COUTANCEAU. R, « Procès d'Andy, ce qui se passe quand les experts psychiatres ne sont pas d'accord », 13 /11/ 2012, [leplus.nouvelobs.com](http://leplus.nouvelobs.com)



intervient dans une période de lucidité, l'acte restera imputable. De plus, le trouble devra être compatible avec l'acte incriminé. En effet, si certains troubles psychiatriques comme des hallucinations délirantes peuvent expliquer une atteinte aux personnes à caractère défensif, il n'en irait pas de même pour expliquer un vol manifestement prémédité. La révision de l'article 64 du Code pénal a marqué une évolution de paradigme. Il existe une vision du criminel fou, en situation de déraison totale, et la folie qui peut accompagner le crime dans un état de déraison partielle. L'absence d'intention vient remplacer l'état de démence. Cette intention est une condition indispensable pour constituer un crime ou un délit punissable. Lors des travaux préalables à la révision du Code pénal, l'idée d'imposer des obligations à un individu déclaré irresponsable et créer une nouvelle infraction résultant de la violation de ces obligations, était difficile à justifier. Pour la commission parlementaire de l'époque, certaines mesures de sûreté envisagées constituaient des sanctions dont l'existence était incompatible avec le principe d'irresponsabilité pénale de la personne privée de libre arbitre. Affirmer qu'il « n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre » ne signifie pas que l'évènement n'a pas existé et qu'il n'y a pas eu de victime. Il signifie seulement qu'il n'y a pas de crime ou de délit punissable par la justice. L'article 122-1 du nouveau Code pénal de 1994 s'inspire bien de la circulaire « Chaumie ». Il dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte au moment des faits d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes [...] ». Mais, *a contrario*, « La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ». Le texte précise enfin que « la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime ». Cette rédaction vient lever opportunément des ambiguïtés en remplaçant l'expression « il n'y a ni crime ni délit », par ceux prévoyant que le malade mental dont le discernement est aboli « n'est pas pénalement responsable ». Il substitue également à la notion restrictive de « démence », les termes médicalement mieux adaptés de « trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli le discernement ou le contrôle des actes ». On distingue donc deux situations : soit la personne est pénalement irresponsable car elle était atteinte au moment des faits d'un trouble mental ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, soit la responsabilité est atténuée car la personne était atteinte au moment des faits, d'un trouble mental ayant seulement altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes. La juridiction doit en principe tenir compte de cette circonstance d'altération, pour la détermination de la peine, mais rien ne précise dans quel sens. Dans les faits, l'altération est considérée plutôt comme une circonstance aggravante. En l'occurrence on ne retrouve pas la logique et l'esprit de la circulaire « Chaumie » qui préconisait une « modération dans l'application des peines édictées par la loi ». Le premier alinéa de l'article 122-1 du nouveau Code pénal prête peu à discussion car il reprend sur le fond le dispositif de l'article 64 de l'ancien Code. Comme par le passé, la personne déclarée irresponsable de ses actes ne peut pas être jugée. Il faut enfin préciser que l'altération du discernement consécutive à l'usage volontaire de substances psychoactives constitue le plus souvent une circonstance aggravante de l'infraction et pas une cause d'irresponsabilité ou de responsabilité atténuée. Enfin, si la nuance entre les deux notions est plus délicate à apprécier, l'abolition de la peine de mort en 1981, a allégé la responsabilité du psychiatre expert. Les conclusions ne risquent plus d'envoyer le patient à la mort. Par conséquent, ceci peut expliquer en partie que depuis l'adoption du nouveau Code pénal, les experts retiennent moins souvent l'abolition pour retenir le plus souvent l'altération.

#### **§4. Déclaration de l'irresponsabilité pénale pour altération ou abolition du discernement.**

Le dictionnaire *Larousse* qualifie l'aliénation comme « l'état de quelqu'un qui est aliéné, qui a perdu son libre arbitre », ou une « Situation de quelqu'un qui est dépossédé de ce qui constitue son être essentiel, sa raison d'être, de vivre ». L'aliénation constitue donc une perte de liberté essentielle pour celui souffrant de troubles mentaux. En droit pénal, pour retenir la responsabilité, il est nécessaire que trois conditions soient réunies. En premier lieu, l'acte doit avoir une qualification pénale légale. Ensuite, il faut démontrer la culpabilité de l'auteur et enfin, déterminer que l'acte lui est bien imputable. C'est au regard de l'intentionnalité du crime ou du délit qu'est étudiée l'irresponsabilité pénale. L'imputabilité

signifie que l'auteur peut répondre pénalement des conséquences de ses actes. Selon la loi, s'il n'y a ni crime ni délit sans intention de le commettre<sup>135</sup>, cela signifie que tout crime ou délit doit être intentionnel. Ce principe s'applique sauf en cas d'imprudence, négligence ou mise en danger d'autrui. L'irresponsabilité pénale prévue par l'article 122-1 du Code pénal repose donc sur la non-imputabilité qu'il convient de déterminer au moment des faits. L'irresponsabilité pénale découle alors de l'aliénation, au sens de la perte du libre arbitre, quelle que soit la nature du trouble mental qui en est à l'origine. L'expertise psychiatrique de responsabilité a ainsi pour but de déterminer si, au moment des faits, le sujet présentait une pathologie psychiatrique et si la juridiction saisie peut prononcer une peine et éventuellement la moduler. L'expertise psychiatrique pénale est avant tout diagnostique, ce qui justifie qu'elle soit réalisée par un psychiatre qui a les compétences requises. L'article 64 de l'ancien Code pénal faisait référence à un état de « démence » au moment de l'action. Cette formulation opposait le malade mental irresponsable qui relevait d'une prise en charge psychiatrique au criminel qui était responsable et punissable. C'est Linas en 1865 qui clarifia la notion de démence dans un article du dictionnaire encyclopédique des sciences médicales. Pour l'auteur, la démence n'était pas celle de la nosographie psychiatrique classique, mais recouvrait un concept plus général. En l'occurrence, « [...] la sagesse de la loi [...] en empruntant à la vieille terminologie juridique l'expression alors vague et générale de démence [...] (avait) pris tâche de ne rien spécifier, afin de ne point circonscrire les appréciations du juge dans le cercle étroit et infranchissable d'une définition limitative [...] ». Cette approche dichotomique initiale a fait place au concept de « responsabilité semi-atténuée des semi-aliénés ». L'étude de la responsabilité s'opère donc sur deux niveaux. Elle vise à déterminer l'abolition ou l'altération du discernement, mais le Code pénal ne donne aucune précision sur la peine et la durée d'incarcération, en cas d'altération du discernement. Faute de précisions textuelles, dans l'hypothèse où l'expertise retient une altération du discernement, la maladie mentale tend plutôt à être criminalisée par les juridictions de jugement. Il est hélas fréquent que soient incarcérés et condamnés des patients, parfois en rupture de soins, ayant commis des faits pourtant en relation directe avec leur pathologie, allant du simple trouble du comportement jusqu'à de graves passages à l'acte. A l'évidence, pouvoir juger les irresponsables pénaux constituerait une forme de déshumanisation de la justice. La logique serait ainsi similaire à celle qui présidait à la tenue des procès d'animaux tels que décrits par Saint-augustin dans un commentaire du Lévitique. A cette époque, « selon l'autorité sacrée de la loi, on doit mettre à mort les animaux ; mais ce n'est pas parce qu'ils ont eu conscience du péché, c'est seulement parce qu'ils perpétuent le souvenir du méfait<sup>136</sup> ». Selon ce principe, la finalité du procès des irresponsables pénaux répondrait donc à une demande de catharsis populaire dont une des conséquences serait la négation des principes du procès équitable. Il s'agirait également de nier la dignité de l'irresponsable pénal alors que sa sauvegarde interdit toute forme de relégation au rang d'instrument.

Jusqu'à l'adoption de la loi du 25 février 2008, relative notamment à la déclaration d'irresponsabilité pénale, selon l'étape de la procédure à laquelle était constatée l'abolition du discernement, la personne faisait l'objet de différentes décisions relatives à l'irresponsabilité pénale. La personne bénéficiait, soit d'un classement sans suite, par le procureur de la République, soit d'une ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, soit d'un jugement de relaxe prononcé par le tribunal de police ou par le tribunal correctionnel, ou enfin d'un arrêt d'acquiescement prononcé par la Cour d'assises. Ces modalités faisaient cependant l'objet de critiques de la part des victimes qui s'estimaient insuffisamment reconnues. Le débat sur l'irresponsabilité pénale des malades mentaux a été relancé suite à l'affaire de Pau où R. Dupuy a tué une infirmière et une aide soignante dans un établissement psychiatrique. Ce drame de 2004 a joué un rôle déterminant dans l'évolution législative. L'auteur du meurtre de deux soignantes était un malade mental dont l'irresponsabilité pénale fut reconnue. N. Sarkozy déclara à cette occasion que les familles des victimes devaient pouvoir « faire leur deuil » et pour cela faire appel de l'ordonnance de non-lieu. Le président assimilait le non-lieu à une négation de l'acte, alors que le non-lieu n'a pas cette signification. La notion d'irresponsabilité pénale a été remise en cause et

---

135 Art 121-3 du Code pénal.

136 CARBASSE. JM, *Introduction historique au droit pénal*, PUF, collection Droit fondamental, 1990, n° 121.

notamment le fait que la procédure ne laisse pas de place à la victime et aux parties civiles pour pouvoir s'exprimer. En conséquence, pour une meilleure reconnaissance des parties civiles, un changement sémantique notable est intervenu puisque désormais, on ne parle plus de « non lieu psychiatrique », mais d'une « irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ». De même, une audience permet désormais aux parties civiles, si elles en font la demande, de rencontrer et entendre l'accusé ainsi que les experts. La loi du 25 février 2008 a donc modifié la procédure et désormais, le juge d'instruction rend une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, et non plus une « ordonnance de non-lieu ». Si les parties civiles ou le parquet le demandent, le juge d'instruction est tenu de transmettre le dossier à la chambre de l'instruction et ne peut plus clôturer sa procédure par une ordonnance d'irresponsabilité. La chambre de l'instruction procède alors à une audience publique et contradictoire, au cours de laquelle la personne mise en examen qui comparaît peut être interrogée si son état le permet. Les experts et éventuellement les témoins sont aussi entendus et un débat peut alors avoir lieu. Si la chambre de l'instruction, juridiction, considère que les charges sont insuffisantes contre le mis en examen elle déclare qu'il n'y a pas lieu de poursuivre. Par contre, si elle estime qu'il existe des charges suffisantes et que l'état mental du mis en examen ne relève pas du premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal, la chambre de l'instruction ordonne son renvoi devant la juridiction de jugement compétente. Dans les autres cas, la chambre de l'instruction rend un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Elle déclare tout d'abord qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés. Ensuite, la personne est déclarée irresponsable pénalement. Dans ces hypothèses, la reconnaissance de l'irresponsabilité pénale de la personne met fin à la détention provisoire ou au contrôle judiciaire. La personne fait alors l'objet d'une mesure d'hospitalisation d'office.

Le très critique Syndicat de la Magistrature<sup>137</sup> souligne l'usage de la notion de dangerosité, qu'il considère immodéré. Cela conduit à valoriser de manière unilatérale la position des victimes, au point qu'on peut se demander parfois si on juge au nom du peuple ou au nom des victimes. Cette évolution sémantique traduit en fait, une certaine dérive de notre droit pénal. La voie de réparation indemnitaire reste pourtant toujours ouverte pour les victimes ou leurs ayants droit. Le Code civil<sup>138</sup> dispose en effet que « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'emprise d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ». A propos de la comparution publique des personnes reconnues pénalement irresponsables pour abolition du discernement, C. Canetti, psychiatre à la prison de Fleury-Mérogis, a déclaré que cela n'avait aucun sens. Selon ce dernier, c'est « comme si l'on faisait un procès à un automobiliste victime d'une rupture d'anévrisme, parce qu'il a fait un mort en percutant la voiture d'en face ». Effectivement, malgré les thèses allant dans ce sens, on voit mal ce que peut attendre la victime d'une personne malade dont le discernement est aboli. Selon l'expert psychiatre D. Zagury<sup>139</sup>, la recherche de l'établissement des faits doit être poursuivie. Pour autant, « cette comparution publique ne sera pas un procès thérapeutique pour les victimes ». Il est absurde de croire qu'une action judiciaire permet nécessairement un travail de deuil. Cette position est également partagée par le professeur Senon. Ce dernier pense même contre-productive, la confrontation des victimes avec un auteur des faits, alors que celui-ci est le plus souvent froid et apragmatique, voire sous l'emprise de neuroleptiques, et totalement a-réactif. C'est également l'avis de l'avocat pénaliste E. Dupont-Moretti. Ce dernier s'appuie, en l'occurrence, sur sa longue expérience des procès d'assises, qu'il soit auprès de la défense ou des parties civiles.

---

137 Journée d'études sur le thème : *Dangerosités à déchiffrer : pour quels traitements ?* Samedi 8 novembre 2008. Bourg-la-Reine. 17 octobre 2008. [syndicat-magistrature.org](http://syndicat-magistrature.org)

138 Art 414-3 du Code civil.

139 ZAGURY. D, « Faut-il juger les fous criminels? » L'Express. 19 janvier 2004.

### **CHAPITRE 3. L'EXPERTISE PSYCHIATRIQUE PÉNALE : DE LA DESCRIPTION À LA PRÉDICTION DES TROUBLES.**

Il existe trois catégories d'expertises pénales qui répondent à des objectifs différents. Il s'agit de l'expertise rétrospective, intervenant par définition *a posteriori*, de l'expertise prospective instituée par la loi Méhaignerie<sup>140</sup> de 1994, visant à anticiper les récidives, ou de l'expertise à finalité thérapeutique instituée par la loi Guigou<sup>141</sup> du 17 juin 1998. Le rapport sur l'expertise<sup>142</sup>, remis au ministre de la justice en mars 2011, montre que les difficultés de l'expertise, qualifiées d' « aigües et récurrentes », tiennent à plusieurs facteurs. Sont en jeu, la disponibilité des experts, leur nombre, mais aussi à leur compétence. Ceci est particulièrement vrai pour la psychiatrie pour laquelle se sont multipliées les obligations de recours à l'expertise. Cela a bien entendu des conséquences graves sur le plan de la liberté et de la sécurité des personnes. En effet, ces dysfonctionnements et retards peuvent avoir des conséquences graves à double sens, comme des prolongations de détention ou des remises en liberté intempestives. L'explication des difficultés de recours à l'expertise est en partie financière, car la rémunération est insuffisante au regard des charges et contraintes des experts<sup>143</sup>. Ceci est particulièrement vrai en comparaison aux honoraires perçus par les praticiens psychiatres, en exercice libéral. Cependant, les difficultés pointées par les différents rapports concernent surtout les compétences expertales. Précisément, certaines spécialités comme la psychiatrie devraient bénéficier de formations appropriées au regard de l'évolution des législations et des difficultés rencontrées dans la maîtrise de notions complexes. De plus, l'activité d'expertise n'est pas clairement réglementée, ce qui ne permet pas de définir le contenu de la formation des experts, ni d'agréer des organismes de formation. La HAS souligne et dénonce dans son rapport, un glissement de la notion de « facteur de risque » à celle de « facteur prédictif », jusqu'à finalement celle de relation causale entre un trouble et un acte. Pour la Haute autorité il ne s'agit pourtant là que d'une corrélation parmi d'autres corrélations.

#### **SECTION 1. LES DIFFICULTÉS DU JUGE PÉNAL FACE AUX TROUBLES MENTAUX OU AUX TROUBLES DE LA PERSONNALITÉ.**

L'expertise judiciaire est apparue au XVIIIe siècle avec l'ordonnance de 1667 de Saint-Germain-en-Laye, édictée par Louis XIV, portant sur l'expertise civile, puis celle de 1670, concernant l'expertise pénale. Ce n'est qu'au milieu du XIXe siècle que l'expert en santé mentale intervient en matière pénale. « La folie devant les tribunaux<sup>144</sup> » est le premier ouvrage considéré comme référence pour les rapports entre l'expert psychiatre et le juge. Il est l'œuvre du Dr Legrand du Saulle et préconise un pouvoir accru des aliénistes au détriment du juge. L'expert psychiatre, G. Rossinelli<sup>145</sup>, rappelle qu'historiquement, l'expert psychiatre a permis à nombre de malades mentaux d'échapper à la guillotine ou au bagne.

La crédibilité de l'expertise psychiatrique pénale est aujourd'hui fortement remise en question, tant sur la forme que sur le fond. La validité scientifique tout comme la méthodologie est fortement contestée dans un contexte de faits divers particulièrement graves. Entre 2002 et 2009, les expertises psychiatriques d'auteurs d'infractions ont augmenté de cent quarante-neuf pour cent pour un nombre de praticiens qui n'a quasiment pas évolué. Les causes en sont claires : les lois de procédure pénale adoptées depuis dix ans relatives à la prévention de la récidive ont multiplié les cas d'expertise psychiatrique obligatoire<sup>146</sup>. Selon la magistrate M. Lebrun<sup>147</sup>, présidente de l'Association nationale des

---

140 Loi n°94-89 du 1 février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale. JORF n°27 du 2 février 1994 page 1803.

141 Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. JORF n°139 du 18 juin 1998 page 9255.

142 Rapport du groupe de réflexion sur l'expertise à la demande de Mme ALLIOT-MARIE, Ministre de la justice, Paris, 29 mars 2011.

143 Décret n° 2008-764 du 30 juillet 2008 relatif au recouvrement des amendes forfaitaires et à certains frais de justice criminelle ou assimilés. JORF n°0179 du 2 août 2008 page 12401.

144 LEGRAND du SAULLE. H, *La folie devant les tribunaux*,. Editeur F. Savy, Paris, 1864.

145 « Le nouveau pouvoir judiciaire », n° 397, décembre 2011, publication de l'Union Syndicale des Magistrats.

146 Etude d'impact du projet de loi de programmation sur l'exécution des peines 2012, ministère de la justice et des libertés, 21 novembre 2011.

juges d'applications des peines (ANJAP), « le système met le psychiatre à toutes les sauces. On est tous en train de se les disputer, du procureur au juge d'application des peines, en passant par le juge des tutelles ou le policier en garde à vue ». En résumé, magistrats et experts évoquent une justice pour laquelle il faut par avance savoir à qui l'on va imputer l'éventuelle récidive du détenu. Ceci explique en grande partie la réticence des psychiatres à réaliser les expertises.

### §1. Des exemples de faits divers récents et emblématiques.

La justice est le plus souvent confrontée à des auteurs de faits graves qui sont atteints de troubles de la personnalité. A ce titre, ces auteurs doivent être différenciés des malades mentaux. De plus, toutes les maladies mentales ne sont pas criminogènes. De la même façon, toutes ne sont pas forcément synonymes d'abolition du discernement. Seules les maladies mentales, au sens psychiatrique, sont susceptibles d'atténuer ou d'annuler la responsabilité pénale de l'auteur des faits. Parmi elles, celles qui sont essentiellement susceptibles d'entraîner un passage à l'acte sont la paranoïa et la schizophrénie. Quant à la mélancolie, elle est susceptible d'entraîner plutôt un passage à l'acte auto agressif qui n'a pas de conséquence pénale. Les passages à l'acte par des malades mentaux sont caractéristiques, en règle générale car particulièrement spectaculaires. Le malade qui est pris dans son délire, n'éprouve ni pitié, ni compassion qui puisse le retenir. Ces crimes horribles sont cependant rarissimes et les auteurs récidivent très peu. Le passage à l'acte du malade mental se caractérise par l'absence de précautions pour masquer son identité ou effacer ses traces. Son délire ne lui permet aucun calcul ni stratégie rationnels. Il est le plus souvent très facilement retrouvé et interpellé. Ces actes rares marquent cependant l'opinion publique et provoquent une indignation et une émotion sans rationalité. Il est donc impératif de distinguer les maladies mentales des troubles de la personnalité, car ces derniers ont peu de conséquences sur le discernement. Les troubles de la personnalité sont considérés comme des aspects de la personnalité généralement acceptables par la société. Ces troubles ont peu de conséquences sur la conscience et l'intelligence. De plus, c'est bien parmi la multitude de personnes atteintes de troubles de la personnalité que l'on retrouve la plupart des grands criminels. Leur passage à l'acte est planifié et les preuves sont dissimulées afin d'assurer l'impunité de leur auteur. Le diagnostic différentiel avec la maladie mentale est donc essentiel. Devant ces individus, la psychiatrie est confrontée à une véritable « intelligence criminelle » devant laquelle elle est impuissante une fois que le diagnostic est posé.

Des exemples concrets et explicites sont représentatifs de la difficulté de l'expertise en vue d'une décision d'irresponsabilité pénale pour trouble mental. La Cour d'appel de Lyon a examiné en mai 2011, à la demande de la défense, une nouvelle expertise psychiatrique<sup>148</sup> de S. Moitoret, assassin présumé du petit Valentin en 2008. Il fallait déterminer si Moitoret était responsable ou non de ses actes. L'accusé avait avoué le crime dans un premier temps, se disant investi d'une « mission divine ». Par la suite, il a nié être l'auteur, attribuant les faits à l'un de ses multiples « clones ». Trois collègues d'experts l'ont examiné et tous s'accordaient sur le diagnostic de psychose, mais ils étaient partagés sur sa responsabilité pénale et son aptitude à être jugé. Sur les dix experts qui se sont succédé au cours de l'instruction, quatre ont conclu à une abolition du discernement, au moment de l'acte, et six à une altération plus ou moins prononcée. S. Moitoret a finalement été renvoyé devant les assises, pour assassinat avec actes de torture et de barbarie sur mineur de quinze ans. Il a fait appel de l'ordonnance de renvoi devant les assises, et son avocat a demandé une autre expertise psychologique. Les experts ont alors tenté de « décoder l'étrange personnalité de ce marginal [...]»<sup>149</sup> sans pouvoir se mettre d'accord. Pendant l'instruction, sur dix experts appelés à se prononcer, six ont conclu à une altération et quatre à une abolition du discernement, sans arriver à un consensus. Indépendamment de la décision ultime de la justice, cet exemple récent met bien l'accent sur la difficulté de l'expertise. Pour Me Delarue, avocat de Moitoret, « ces dissonances dans les expertises sont invraisemblables ». Quant aux

---

147 « La justice en mal de psychiatres attend ses remèdes », AFP, 31 janvier 2012.

148 « Petit Valentin: nouveau débat sur la responsabilité de l'assassin présumé », 20 mai 2011, *LeParisien.fr*

149 « Les pysy divisés face aux routards du crime », J.-P.V. Le Journal du Dimanche, 26 juin 2011.

parents de Valentin, selon leur avocat Me Frémion, ils « redoutent plus que tout d'être privés d'un procès ». Enfin, la mère de S. Moitoret reconnaissait la douleur des parents mais elle soulignait dans le même temps que son fils « n'(avait) jamais été soigné ». Elle considérait que « c'(était) la schizophrénie qui (était) responsable de ce malheur, pas lui ». Cette situation est hélas emblématique de la difficulté de l'expertise, mais aussi des enjeux pour l'auteur du meurtre et pour les proches de la victime. Nous percevons bien la contradiction entre la mère du meurtrier, qui privilégiait le trouble mental, et la position de la partie civile proche de la victime, qui réclamait un procès. En effet, l'irresponsabilité pénale retenue entraînait l'hospitalisation psychiatrique après une audience publique destinée à faire reconnaître Moitoret officiellement comme l'auteur des faits, conformément à la loi Dati. L'affaire s'est conclue par la condamnation de Moitoret, devant les Assises de l'Ain en décembre 2011. Cette condamnation pour assassinat avec actes de torture ou de barbarie sur mineur de moins de quinze ans est intervenue avec, en toile de fond, une nouvelle bataille d'experts assez consternante. Le véritable enjeu du procès consistait à déterminer l'irresponsabilité pénale de cet homme de quarante-deux ans. A cette occasion, de grands noms de la psychiatrie se sont affrontés entre les « abolitionnistes », considérant qu'on ne juge pas les fous, et les partisans d'une part de responsabilité chez tout être humain.

Les effets de la tragédie norvégienne de juillet 2011 sont également caractéristiques des controverses récurrentes autour des difficultés de l'expertise psychiatrique<sup>150</sup>. R. Rosenqvist, psychiatre et membre de la commission médicale auprès du tribunal à Oslo, a précisé que rien ne permettait d'affirmer à chaud et avant expertise, que le tueur souffrait d'un problème d'ordre mental. Selon elle, *a priori*, la préparation méticuleuse et froide de l'acte permettait d'écarter les troubles psychotiques. En France, le psychiatre et criminologue R. Coutanceau, estimait qu'il s'agissait d'« un héros négatif, narcissique, qui a commis un acte mégalomane pour frapper les esprits ». Pour l'expert psychiatre D. Zagury, « Sur le plan psychiatrique, la probabilité pour qu'on ait affaire à une maladie mentale est quasiment nulle. Sur le plan médico-légal, elle est encore plus nulle dans la mesure où l'acte a été prémédité, et préparé de longue date ». Selon S. Fazel<sup>151</sup>, directeur d'études psychiatriques et médico-légales à l'université d'Oxford, « dans l'idéal il faudrait pouvoir mener des recherches sur la vie du sujet, interroger sa famille, les anciens amis, examiner les contacts Internet, analyser les journaux personnels, remonter aux bulletins scolaires ainsi qu'à d'éventuelles observations médicales ». Le psychiatre A. Aspaas<sup>152</sup> a déclaré en avril 2012, après la remise du rapport avant l'ouverture du procès : « Nous avons conclu que l'accusé n'était pas psychotique au moment des faits ». Cette nouvelle évaluation contredisait la première expertise officielle estimant que le tueur souffrait de « schizophrénie paranoïde » entraînant son internement psychiatrique.

Après le drame du Chambon sur Lignon, interrogé par le journaliste Y. Calvi<sup>153</sup>, le psychiatre A. Baratta affirmait qu'il était possible de détecter la dangerosité d'un individu. Il se référait à des études anglo-saxonnes actuarielles, c'est à dire à des instruments de mesure statistiques intégrant un certain nombre de facteurs. Nombre de magistrats n'opposent pas la clinique aux critères actuariels. Pour eux, les deux se complètent. Si l'évaluation actuarielle est utile, elle ne doit pas se substituer à l'examen clinique. Cependant, elle permet de mieux comprendre ce qui peut éventuellement constituer un facteur de risque de récurrence. Pour autant, les magistrats considèrent que les statistiques ne doivent jamais prendre le pas sur le jugement. S'il semble qu'une approche plus rationnelle déconnectée de l'émotion s'avère salutaire, il demeurera toujours une marge d'erreur autour du pronostic. En pratique, suite à ce drame qui a coûté la vie à la jeune Agnès, le Gouvernement a souhaité légiférer pour généraliser le diagnostic à visée criminologique (DAVC), ainsi que le suivi différencié dans les services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP).

---

150 « Tueur d'Oslo : après la folie meurtrière, quel verdict psychiatrique? » 25 juillet 2011, [www.carevox.fr](http://www.carevox.fr)

151 « La démence du Norvégien BREIVIK difficile à prouver ou à simuler », KELLAND. K, Reuters, 1er août 2011.

152 « Norvège: une contre-expertise sème le trouble sur la responsabilité pénale de BREIVIK », AFP, 10 avril 2012.

153 « Affaire Laëtitia : Nicolas SARKOZY contre les juges », émission « Mots croisés » d'Yves CALVI, 7 février 2011.

## §2. Nature et difficulté de l'expertise.

L'expertise psychiatrique pénale s'inscrit dans le champ défini par la procédure pénale. Elle trouve sa place dans le principe fondamental du débat contradictoire, tel qu'il est prévu à l'article préliminaire du Code de procédure pénale. La procédure pénale doit être « équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ». Ce débat est régulé par le président dans le cadre de l'article 309 du même Code. Enfin, le champ et les limites de l'expertise est déterminé par l'article D16 du Code de procédure pénale. Ce dernier dispose que « l'enquête sur la personnalité des personnes mises en examen [...] et les examens, notamment médical et médico-psychologique [...], constituent le dossier de personnalité de la personne mise en examen ». Ce dossier a pour objet de « fournir à l'autorité judiciaire, sous une forme objective et sans en tirer de conclusion, touchant à l'affaire en cours, des éléments d'appréciation, sur le mode de vie passé et présent de la personne mise en examen. Il ne saurait avoir pour but la recherche des preuves de la culpabilité ».

Le Dr Coutanceau définit la dangerosité psychiatrique comme le risque de passer à l'acte, à un moment donné, en raison de troubles mentaux. Situé dans le champ médical, il s'agit du risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental et notamment au mécanisme et à la thématique de l'activité délirante, ce qui renvoie à une maladie mentale précise. *A contrario*, la dangerosité criminologique se situe dans le champ pénal. Il s'agit du risque qu'un individu commette une infraction. Celle-ci peut être qualifiée de phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens<sup>154</sup>. Elle est fortement influencée par un ensemble de facteurs qualifiés d'actuariels, au nombre desquels on retrouve les facteurs sociologiques, environnementaux et situationnels, susceptibles de favoriser le passage à l'acte. La définition du Code procédure pénale fait référence aux « éléments d'appréciation sur le mode de vie passé et présent<sup>155</sup> ». Le processus pénal est influencé par la notion de dangerosité. Elle prend le pas sur la responsabilité, particulièrement dans les cas d'altération du discernement. Ce constat repose notamment sur la nature des questions que le juge adresse à l'expert psychiatre. Ce dernier doit d'abord répondre à la question de l'irresponsabilité pour cause d'abolition du discernement, ou du contrôle des actes, au moment des faits, en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique. Pour cela, sont recherchées des anomalies mentales ou psychiques que l'expert devra décrire et rattacher à des affections. Une relation entre les troubles et l'infraction reprochée devra être de plus recherchée. Si l'irresponsabilité n'est pas retenue, l'expert devra répondre sur l'existence de troubles ayant altéré le discernement ou altéré le contrôle des actes. C'est la troisième question posée qui ouvre une autre perspective dans la mesure où le procès va se tenir. En effet, à ce stade intervient la question de la dangerosité, mais aussi de l'accessibilité à une sanction pénale et la perspective d'une réadaptation. Ce sont de plus les trois dernières questions posées, relatives à la dangerosité qui seront déterminantes pour la décision de la justice.

D'un point de vue pratique, l'expert doit procéder à une triple démarche. D'abord, il devra identifier une éventuelle pathologie psychiatrique. Il s'agit de toute anomalie mentale ou psychique, susceptible d'abolir ou d'altérer le discernement et le contrôle des actes, au moment des faits. Elles doivent rendre leur auteur peu ou pas accessible à une sanction pénale. L'expert va devoir également déterminer le degré de « dangerosité psychiatrique » de l'auteur des faits. A cette fin, il devra effectuer une lecture du passage à l'acte, compte tenu de la personnalité et de l'histoire du sujet. Il tiendra compte, le cas échéant, du principe de présomption d'innocence en proportionnant cette deuxième phase d'expertise, au degré d'implication personnelle du sujet, dans les faits incriminés. Enfin, au vu du contexte socioculturel, il réalisera une analyse psycho-criminologique du passage à l'acte et du risque ultérieur. Il s'agira alors de déterminer une « dangerosité criminologique », c'est à dire une évaluation prospective, susceptible d'être alors utilisée par la justice. Cette expertise est nécessaire pour la mise en œuvre éventuelle d'une libération conditionnelle, d'un contrôle judiciaire ou d'un suivi en milieu ouvert, incluant éventuellement des soins ou des mesures de sûreté.

<sup>154</sup> Rapport d'information sur le traitement de la récidive des infractions pénales, p. 45, citée dans le rapport de la commission santé-justice, Assemblée nationale, n°1718, du 7 juillet 2004,

<sup>155</sup> Art D16 du Code de procédure pénale.

Cette confusion entre responsabilité et dangerosité s'est trouvée au centre des travaux de la « commission Outreau ». Cette dernière a préconisé l'élaboration de critères, permettant de distinguer des missions d'expertise qui relèvent respectivement de la psychologie, de la psychiatrie et de la criminologie. La difficulté majeure réside dans le fait que l'expertise est convoquée non seulement pour déterminer un diagnostic, mais aussi pour formuler un pronostic. L'absence de définition spécifique pour l'expertise psychiatrique constitue alors un problème majeur. Les dysfonctionnements de la justice dans l'affaire d'Outreau ont permis la prise de conscience des erreurs commises, en matière d'expertise psychiatrique et de leurs conséquences humaines. Ces erreurs fréquentes nécessiteraient une réforme de l'expertise psychiatrique et psychologique. Dans un entretien récent<sup>156</sup>, le juge S. Portelli dresse un tableau sans concession de la réalité des expertises psychiatriques. D'après le magistrat, « La réalité de l'expertise psychiatrique aujourd'hui en France c'est beaucoup plus ces simili-examens faits pendant la garde à vue que ces belles expertises psychiatriques dont on discute pendant des heures dans des procès d'assises ». S. Portelli rappelle que l'essentiel de ce qu'il se refuse de nommer expertise concerne des comparutions immédiates pour lesquelles l'examen médical est réalisé en quelques minutes dans les locaux du commissariat. Ce traitement en temps réel, synonyme d'efficacité pour les pouvoirs publics, constitue pour S. Portelli, la première raison de la surreprésentation des malades mentaux en prison. A l'appui de sa position, S. Portelli cite l'exemple d'une personne comparissant devant lui et qui, à son avis nécessitait une expertise. Bravant les exigences de rapidité, une expertise approfondie a eu lieu sur l'initiative du magistrat, concluant à une psychose infantile grave et donc à l'irresponsabilité pénale. L'histoire du prévenu démontra qu'avant d'être confronté à S. Portelli, cette personne de quarante ans, à la pathologie et aux antécédents évidents, était déjà passée vingt quatre fois devant la justice et avait été condamnée vingt deux fois à la prison. Cet exemple concret montre bien que le traitement en temps réel sert surtout la politique du « chiffre » qui, selon le magistrat, s'apparente à une « loterie » pour le justiciable et certainement pas la « bonne justice » qui nécessite du temps, de la curiosité, de l'écoute et de la compréhension. S. Portelli<sup>157</sup> porte un regard très sévère sur l'expertise psychiatrique pénale. Il considère le système comme « fondé évidemment sur le charlatanisme à base de psychiatrie dévoyée, de criminologie hasardeuse, de psychologie de bazar, de droit frelaté ». La critique de S. Portelli est vérifiable par tout un chacun qui assiste aux audiences de comparution immédiate lorsque le prévenu est manifestement atteint de troubles mentaux. Le plus souvent, l'issue sera pour lui la prison ou la relaxe, alors que c'est de soins dont il aurait besoin. Le magistrat D. Barella<sup>158</sup> ne disait pas moins en 2006, lorsqu'il réclamait une clarification de la notion d'« expert auprès des tribunaux ». A son avis, cela représentait plus une distinction honorifique qu'une garantie de compétence. Les mêmes critiques sont reprises par E. Dupond-Moretti<sup>159</sup>, lorsqu'il évoque les expertises psychologiques relatives à l'affaire d'Outreau. La rapidité n'était pas en cause dans cette affaire puisqu'il s'agissait d'un procès d'assises, mais le problème résidait bien dans l'incompétence intrinsèque des experts. Quant à la criminologie, discipline très controversée, X. de Larminat, chercheur au Cesdip (Centre de recherche sociologiques sur le droit et les institutions pénales), souligne qu'elle n'est toujours pas reconnue comme une discipline autonome. Elle est toujours dépendante de la discipline juridique, ne parvenant jamais à se constituer en véritable science autonome, pourvue de son propre champ théorique et méthodologique. Ainsi, toujours selon le scientifique, « la plupart des personnes qui revendiquent le titre de criminologue aujourd'hui en France cherchent en réalité à se mettre en avant en arborant un titre pompeux mais qui ne repose finalement sur rien de concret<sup>160</sup> ». Pour le psychologue J-P. Bouchard, membre du très conservateur « institut pour la justice », il persiste un « [...] archaïsme scientifique et professionnel qui porte trop souvent préjudice aux personnes expertisées et au bon fonctionnement de la justice<sup>161</sup> ». Nous noterons élément de contexte, qu'une

---

156 BORREL. P, *Un monde sans fous*, Editions Champ social, 2010.

157 « Le juge Serge PORTELLI : la justice française est en danger », *Télérama*, 4 juin 2011.

158 BARELLA. D, *Journal d'une justice en miettes*, Hugo doc, 2006.

159 DUPOND-MORETTI. E et DURAND-SOUFFLAND. S, *Bête noire. Condamner à plaider*, Ed Michel Lafon, p.159.197.

160 ANCERY . P et GUILLET. C, « Qu'est-ce qu'un criminologue? » 28/06/2012, <http://www.slate.fr>

161 BOUCHARD. J-P, « Proposition de réforme de l'expertise psychiatrique et de l'expertise psychologique judiciaires. Un impératif urgent pour la Justice française », 2009, [www.institutpourlajustice.com](http://www.institutpourlajustice.com)



forme d'« empathie » envers l'accusé tend à s'effacer et semble dorénavant bénéficier plutôt à la victime qui prend de plus en plus de place au procès. Face à cet état de fait, il revient au juge de conserver en permanence la « balance en équilibre » dans cette rencontre particulière entre un accusé ou prévenu et une victime.

L'évolution législative de notre pays en matière de politique pénale se répercute évidemment sur la pratique psychiatrique. L'expertise pénale peut ou doit être requise par les juridictions conformément au Code de procédure pénale et au Code pénal. Elle est convoquée au stade de l'enquête, de l'instruction, du jugement ou de l'exécution de la peine. Bien que cela ne soit pas précisé, l'expertise médicale est de fait une expertise psychiatrique. L'expertise pénale est évoquée par le Code de procédure pénale (CPP)<sup>162</sup> dans une définition générale et très imprécise pour le domaine psychiatrique. Aucune disposition légale ou réglementaire ne vient préciser clairement le périmètre de l'expertise psychiatrique pénale. C'est le seul article 122-1 du Code pénal qui pose la question de la présence ou non de troubles psychiques ou neuropsychiques au moment de la commission de l'infraction. Cet article induit donc, mais de manière subjective, l'exigence d'une expertise psychiatrique. Il en va de même lorsqu'il s'agit de déterminer l'utilité d'une injonction de soins dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire. L'expertise psychiatrique va différer selon le moment où elle intervient. Avant la sentence, elle se base sur l'analyse rétrospective de l'acte incriminé, sous l'angle de la clinique et de l'interprétation médico-légale. L'expert doit pouvoir rendre compte de l'articulation des différentes séquences criminelles. Si la question du pourquoi de l'acte est aléatoire, celle du comment est en revanche incontournable. La conception de l'expertise retenue est extensive, plus ambitieuse, mais aussi plus délicate à utiliser car elle dépasse la simple fonction de tri et nécessite la maîtrise des différents référentiels. L'approche dynamique de l'expertise doit illustrer le fonctionnement mental du sujet, être factuelle et sans jugement de valeur. Chaque expertise doit développer un raisonnement médico-légal clair, qui analyse sur quoi repose le lien entre l'état mental et l'infraction. L'expertise implique un examen clinique et un diagnostic suivi d'une analyse rétrospective de l'état mental au moment de l'action incriminée et enfin l'évaluation du rapport entre l'état mental et les faits. Ce rapport implique nécessairement une étude au cas par cas. L'expert est interrogé sur la pathologie mentale de l'accusé en général mais surtout en relation avec le crime jugé, c'est-à-dire sur sa responsabilité. De plus, le psychiatre voit l'accusé à distance des faits ce qui constitue une limite évidente à la fiabilité de l'expertise. L'accusé peut être en état de choc, dans l'incapacité de s'expliquer lors de la rencontre avec l'expert, alors qu'il était parfaitement conscient au moment des faits. *A contrario*, il peut apparaître calme et cohérent face à l'expert, alors qu'il était dans un tout autre état au moment de son acte. En définitive, le caractère peu explicite de l'expertise dans les textes, associé à la diminution du nombre d'experts, constitue une contradiction dans la mesure où dans le même temps l'exigence d'expertise psychiatrique se multiplie. Ainsi, malgré cette forte demande autour de l'expertise, le législateur n'a paradoxalement pas accordé une réflexion approfondie à une définition précise de l'expertise. Il n'a pas non plus pris en compte les problèmes de formation, de qualification et de démographie des experts.

De leur côté, les experts psychiatres et psychologues sont perplexes sur la nature de leurs missions comme sur leurs conditions d'exercice. Ils s'inscrivent peu sur les listes auprès des cours d'appel. Ils soulignent la multiplication des missions, la difficulté de leur pratique en milieu pénitentiaire, la lourdeur de leur responsabilité et la surcharge de travail et de disponibilité imposée. Ils dénoncent également la dégradation continue de la rémunération des expertises. La démographie des experts psychiatres est menacée d'extinction en raison de la loi HPST de 2009. Ce texte interdit aux psychiatres hospitaliers, représentant la majorité des experts psychiatres, de pratiquer les expertises pendant les heures de service. Provisoirement, un moratoire a été obtenu et la loi n'est pas appliquée pour le moment. Par voie de conséquence, certaines juridictions ont de plus en plus de difficultés pour obtenir des expertises pré-sentencielles. Les expertises de pré-libération sont également très difficiles dans les établissements pénitentiaires lorsqu'ils accueillent des détenus condamnés à des longues ou moyennes peines. C'est le cas lorsque ces établissements sont éloignés des zones dans lesquelles exercent les experts. De

---

162 Art 156 du Code de procédure pénale.

plus, les études prospectives montrent que d'ici 2015, une diminution d'environ vingt pour cent du nombre de psychiatres est attendue, ce qui laisse craindre une diminution « mécanique » du nombre des experts, surtout si l'attractivité du travail d'expertise n'est pas revalorisée. Ce constat plaide enfin pour l'instauration d'une instance nationale de contrôle et de régulation. Elle devrait être déconcentrée au sein de chaque Cour d'appel, et composée de juristes et de cliniciens, psychologues et psychiatres, spécialistes de ces questions.

Le développement des politiques sécuritaires caractérisé par une justice de l'urgence s'est accompagné d'une multiplication des procédures pénales et d'une multiplicité des expertises obligatoires. Pour les comparutions immédiates ou les procédures sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'expertise est remplacée par les recommandations des travailleurs sociaux qui rencontrent le délinquant avant son jugement et rédigent une enquête sociale rapide. L'expertise psychiatrique est seulement obligatoire pour les crimes et les délits sexuels. Les cas dans lesquels le législateur impose l'expertise dans la chronologie du procès pénal se situent essentiellement après la sentence. C'est la loi du 17 juin 1998<sup>163</sup>, prévoyant comme peine une injonction de soins dans le cadre du suivi socio-judiciaire, qui a amené de profonds changements. Cette mesure ne concernait au départ que les auteurs condamnés pour une infraction sexuelle, mais la loi du 12 décembre 2005<sup>164</sup> a étendu la liste des infractions pour lesquelles la peine de suivi socio-judiciaire est applicable. Désormais, les crimes tels que les atteintes volontaires à la vie, torture ou actes de barbarie, viols, enlèvement et séquestration sont concernés. Il en va de même pour les délits tels que les agressions sexuelles, corruption de mineurs et atteintes sexuelles sur mineur de moins de quinze ans, destructions, dégradations ou détériorations dangereuses pour les personnes. Le rapport sur la dangerosité<sup>165</sup> du député J-P. Garraud, réalisé préalablement à la loi de 2008 relative à la rétention de sûreté, préconisait l'extension de la peine de suivi socio-judiciaire à l'ensemble des infractions d'atteintes aux personnes. Selon le rapport, « la société se prive d'un moyen supplémentaire de détection et de prévention d'une dangerosité susceptible de se manifester dans le futur de manière exacerbée ». Le député insistait ainsi sur l'expertise de « dangerosité » au détriment de l'expertise de « responsabilité ». L'accent portait sur une prévention accrue de toutes les formes de récidive. Il s'agissait de la confrontation de deux logiques. Là où le législateur voulait déceler les facteurs de récidive, les psychiatres insistaient sur leur mission qui reste l'établissement de diagnostic de maladie mentale et la détermination des traitements à prodiguer. En effet, les psychiatres conscients de leurs limites, considèrent que l'expertise psychiatrique ne doit plus être envisagée de manière systématique, mais intervenir seulement dans les situations où elle apparaît véritablement nécessaire. Pour eux, c'est à ces conditions seulement, qu'une expertise peut être utile pour le magistrat et pour le condamné. L'attente autour de l'expertise apparaît aujourd'hui démesurée alors qu'elle doit seulement aider le magistrat dans sa prise de décision pour fixer la procédure à envisager et la peine à prononcer. Pour les magistrats, l'expertise ne peut pas constituer un critère unique mais une source d'informations parmi d'autres. Elle s'inscrira parmi les sources pénitentiaires, policières ou sociales, tout aussi essentielles avant une décision de justice. A l'évidence, les situations qui placent l'expertise au centre des débats, ne sauraient être durablement un enjeu de rivalité de pouvoir entre les psychiatres et les magistrats, comme cela a pu être dénoncé récemment dans l'affaire Moitoret, devant les assises de l'Ain<sup>166</sup>.

Les difficultés tiennent à la politique de santé publique et à la place croissante des victimes dans les procédures. La modification de la représentation collective du délinquant criminel et au nouveau besoin de justice est aussi en cause. Comme nous l'avons vu précédemment, le sens de la peine est de plus en plus dévoyé et l'on constate une baisse globale du seuil de tolérance au risque. Il faut aussi

---

163 Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. JORF n°139 du 18 juin 1998, page 9255.

164 Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales. JORF n°289 du 13 décembre 2005, page 19152.

165 Rapport sur la mission parlementaire confiée par le Premier Ministre à Mr le député Jean-Paul Garraud, sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, octobre 2006.

166 DURAND-SOUFFLAND. S, « Valentin : le poids du président BRÉJOUX », 12 décembre 2011, *Lefigaro.fr*

apprécier l'évolution propre des psychiatres experts et de leur rapport à la clinique, à la loi et à l'éthique. Ils sont souvent incompris par l'opinion publique qui les voit tantôt évoquer le « pauvre malade à soigner » ou le « sujet de droit à responsabiliser ». L'évolution doctrinale vers la responsabilisation se traduit par un principe selon lequel il faut « confronter le sujet à la loi ». Un terrible malentendu s'est surtout instauré entre le champ thérapeutique et l'espace judiciaire<sup>167</sup>. En effet, le psychiatre ou le psychologue sont convoqués pour donner du sens à la peine, alors que c'est la punition la plus sévère qui est aujourd'hui réclamée afin de satisfaire la reconnaissance des victimes.

Les conclusions et recommandations de l'Académie de médecine<sup>168</sup>, sous la signature du Professeur J-L. Binet, soulignent également les difficultés de l'expertise prospective ou prédictive, en particulier face aux délinquants sexuels. Elles relèvent une capacité imparfaite pour prédire la dangerosité des sujets, donc pour décider lesquels d'entre eux devraient se soumettre à un traitement. Selon l'Académie, l'absence de certitude sur l'efficacité des traitements dans les essais actuellement publiés est amplifiée par l'ignorance des critères à déterminer pour évaluer la durée des traitements, l'opportunité des psychothérapies et des thérapeutiques hormonales et la conduite à tenir devant la survenue des complications. Ces difficultés sont de plus majorées pour déterminer la dangerosité des délinquants sexuels sur plusieurs années. L'Académie recommande en plus d'améliorer la pratique des expertises de dangerosité des criminels sexuels en enseignant les méthodes les plus pertinentes sans entretenir le mythe d'une « science exacte de prédiction ». En effet, il peut y avoir une erreur de diagnostic mais pas de pronostic dans la mesure où il demeure une incertitude autour de ce dernier même s'il est *a priori* favorable. Dans le même temps, il faut informer les magistrats et le public du caractère aléatoire des prévisions, et ce, même réalisées avec les meilleurs instruments à disposition. L'Académie propose également de définir une politique pluridisciplinaire dépassant le seul aspect médical, car les traitements à visée hormonale ou psychologique ont une efficacité très partielle ainsi que des effets secondaires importants. Enfin, en rejoignant le rapport Lamanda<sup>169</sup>, elle recommande de mettre en place des recherches scientifiques ambitieuses afin d'améliorer la prévention médicale de la récurrence des délinquants sexuels.

L'évolution des effectifs de psychiatres, à la baisse, et des psychologues, à la hausse, favorise un concept unique d'« expertise mentale ». Elle pourrait être réalisée indifféremment par des psychiatres ou par des psychologues, formés et compétents pour ces missions, pourrait être développé. Par ailleurs, une formation autour d'un consensus clinique et juridique de l'expertise mentale permettrait de mettre à la disposition de la justice et des justiciables des experts de qualité. Cette réforme permettrait d'éviter des préjudices générés dans les affaires médiatisées, mais aussi dans d'autres affaires plus ordinaires d'un point de vue médiatique. Dans son avis de mars 2012, la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme<sup>170</sup> a relevé que « La psychiatrie, qui doit faire face à une véritable crise de l'expertise, n'a pas développé un discours qui permette une réponse scientifique aux dégâts suscités dans la société par le concept de dangerosité ». La Commission a constaté que « les juristes eux-mêmes n'échappent pas à la confusion puisqu'ils ne proposent pas au corps social de théorie ferme sur l'irresponsabilité pénale ». P.A. Delpla, expert-judiciaire Toulousain, indique qu'il y a une incompatibilité entre la logique judiciaire et celle du psychiatre. Ce dernier considère que l'expert « [...] ne doit pas se rendre disponible pour [...] une évaluation « à chaud » et en quelque sorte dans la précipitation ». L'expert toulousain précise qu'on ne peut statuer sur le degré de responsabilité pénale d'un prévenu alors qu'il est « [...] tout juste interpellé et en proie aux tumultes de la garde à vue<sup>171</sup> ». De ce point de vue, le rôle croissant du parquet et son exigence d'instantanéité est problématique. Dans

---

167 ZAGURY. D, *Les psychiatres sont-ils responsables de la raréfaction des non-lieux psychiatriques?* Journal Français de Psychiatrie, n° 13, 2001.

168 *La prévention médicale de la récurrence chez les délinquants sexuels*. Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine, Tome 194, N° 6, p 1033-1044, 8 juin 2010.

169 Rapport à Mr. le Président de la République par Vincent LAMANDA, Premier président de la Cour de cassation : « Amoinrir les risques de récurrence criminelle des condamnés dangereux. » 30 mai 2008.

170 CCNDH, avis sur les premiers effets de la réforme des soins psychiatriques sans consentement, sur les droits des malades mentaux. (Adopté en assemblée plénière le 22 mars 2012).

171 DELPLA. P-A, *Importance et piège des réquisitions en psychiatrie*, Annales médico-psychologiques, 164 (2006) p. 866.

ces circonstances, il faut voir la personne en garde à vue, dire si cette personne est pénalement responsable et si elle présente un état de dangerosité relevant d'une injonction de soins. Au stade de l'enquête préliminaire ou pendant la garde à vue, l'expert devrait se borner seulement à trois aspects. En l'occurrence : déterminer si la personne présente des troubles mentaux, si elle doit être hospitalisée, et si elle peut avoir affaire à la justice. Il est par contre anormal de donner un avis à l'occasion d'une garde à vue, qui sera repris en procédure pénale, et engagera l'avenir d'une personne. A l'extrême, il arrive même que, dans ce cadre, soient réquisitionnés des psychiatres, qui n'ont jamais fait d'expertise. On demande toutefois leur avis sur les capacités de contrôle et de discernement d'une personne.

Lors d'une audience de comparution immédiate devant le tribunal correctionnel, le tribunal peut faire procéder à un examen médical<sup>172</sup> d'office ou à la demande des parties et renvoyer l'affaire à une audience ultérieure. S'il s'agit d'une citation directe ou d'une convocation par l'OPJ, le tribunal peut ordonner un examen médical au titre d'un supplément d'information<sup>173</sup>. L'expertise s'inscrit ici dans un rythme très rapide car le tribunal correctionnel traite plusieurs cas à la suite dans la même journée. Il est clair que cette célérité, qui s'inscrit dans l'injonction de traitement en temps réel, est peu propice à des expertises de qualité. Dans une étude en cours de finalisation, la section toulousaine de la Ligue des droits de l'Homme<sup>174</sup>, rappelle que ce sont les services du procureur de la République qui décident des comparutions immédiates. A ce propos, les ligueurs déclarent assister dans cette procédure expéditive à « un véritable pré-jugement de culpabilité », qui met en scène les « classes dangereuses », face au sentiment d'insécurité. Les prévenus atteints de problèmes de santé et en particulier de troubles mentaux sont effectivement fortement représentés dans cet exercice de justice au caractère assez expéditif.

La loi du 17 juin 1998 accordait une large place à l'expertise psychiatrique et c'est aujourd'hui l'occasion d'une redéfinition de ses objectifs et de ses limites. Il est temps de reconnaître au clinicien, fort de son expérience de thérapeute et d'une formation adaptée, la capacité de donner à la justice des avis compétents mais prudents. Le rôle de l'expert consiste à aider la justice dans ses décisions. C'est à la seule condition de garantir l'éthique et la rigueur clinique, dans des conditions matérielles minimales correctes, que l'expert pourra être crédible. A ce propos, devant tout patient souffrant de troubles mentaux, l'HAS recommande<sup>175</sup> d'effectuer un examen somatique systématique. Il est indispensable de rechercher une éventuelle confusion mentale et d'évaluer les fonctions cognitives. Plus précisément, l'HAS recommande « une attention particulière aux patients souffrant de psychose de type déficitaire dont certains troubles neuropsychologiques permettent de comprendre des passages à l'acte violents dans des moments de trop grande proximité en institution ».

Le bilan de la situation est donc préoccupant à divers titres, car on assiste à une diminution attendue du nombre des psychiatres et d'experts et au peu d'intérêt pour les pratiques d'expertise des jeunes praticiens. De plus, les expertises évaluant la dangerosité se multiplient alors que sur le fond, la fiabilité, la finalité et la faisabilité de ces expertises ne font pas l'objet d'un consensus. Le seul consensus réside sur l'absence de certitudes scientifiques, concernant le contenu de l'expertise de dangerosité, tout comme l'absence de lien entre expertise de dangerosité et prévention de la récidive. D'un point de vue clinique, des notions comme « état de démence », « abolition du discernement », « atténuation de responsabilité » ou « altération du discernement », sont des formules génériques peu indicatives pour l'expert. Il n'y a pas de nosographie de l'abolition de l'altération du discernement ni de listes d'affections qui exonèrent de responsabilité le patient. Face à ces exigences, un minimum de règles communes est indispensable pour garantir une crédibilité, même si les confrontations entre experts sont admissibles dans certains cas limites.

---

172 Art 397-2 du Code de procédure pénale.

173 Art 463 du Code de procédure pénale.

174 « Les comparutions immédiates », Hommes & Libertés, n°156, décembre 2011, p.24.

175 Rapport d'orientation de la commission d'audition, Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive, chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur. HAS/Service des bonnes pratiques professionnelles / mars 2011.

Nous pouvons distinguer en résumé deux axes essentiels dans l'expertise. D'une part, l'expertise psychiatrique classique de responsabilité a pour but de déterminer si, au moment des faits, le sujet présentait ou non une pathologie mentale, et s'il est accessible à une peine. D'autre part, l'expertise de dangerosité constitue un nouvel exercice qui est destinée à éclairer le juge, sur la peine ou la mesure la meilleure, pour éviter la commission future d'actes dangereux. Cela s'avère utile, pour sanctionner un acte criminel, lorsque l'on tient compte de la personnalité et de l'histoire de vie de son auteur. Cependant, les juges et jurés ne peuvent en attendre la preuve unique et absolue de culpabilité. Il est enfin important de rappeler qu'un nombre important de situations concernant des malades mentaux échappent à l'expertise. C'est notamment le cas dans les procédures de comparutions immédiates et lors des reconnaissances préalables de culpabilité. Dans d'autres cas, en matière délictuelle devant le tribunal correctionnel notamment, l'expertise est très courte et ne permet pas forcément de déceler le trouble mental<sup>176</sup>. Pour l'exercice de l'expertise, deux rapports au temps se confrontent et sont peu compatibles. En l'occurrence, le temps sanitaire est plus long et s'accommode très mal des impératifs du temps judiciaire et de l'exigence de traitement en temps réel des infractions.

## **SECTION 2. CONCILIER LA PEINE ET LES SOINS EN CAS D'ATTEINTE DU DISCERNEMENT.**

Suite à une expertise retenant une altération du discernement, la maladie mentale tend de plus en plus à être criminalisée par les juridictions de jugement. Il est fréquent que soient incarcérés et condamnés des patients, parfois en rupture de soins, ayant commis des infractions graves en relation avec leur pathologie. Les irresponsabilités pénales, prononcées au titre de l'article 122-1 alinéa 1 du Code pénal pour abolition du discernement, sont de plus en plus rares et des données chiffrées illustrent cette constatation<sup>177</sup>. La reconnaissance d'une responsabilité pénale atténuée au titre de l'article 122-1 alinéa 2 se traduit partiellement par la présence croissante en prison de personnes souffrant de troubles mentaux. L'historien criminologue M. Renneville<sup>178</sup> résume ainsi les conséquences de la modification du Code pénal relatives à l'irresponsabilité pour troubles mentaux : « [...] Alors que la part de déraison est, chez Pinel ce qui permet de déculpabiliser l'aliéné, le reste de raison devient à la fin du XXe siècle, ce qui permet de punir l'individu n'ayant pas toute sa raison ».

### **§1. L'excessive pénalisation des justiciables au comportement altéré.**

Notre société associe de plus en plus dangerosité et maladie mentale. Cet état d'esprit contribue largement à la sur-pénalisation des auteurs d'infractions dont le discernement est seulement altéré. Ceci s'inscrit dans une tendance à « l'affaiblissement progressif de l'idéal de réhabilitation du système pénal<sup>179</sup> issu des ordonnances de 1945 ». En contrepartie, les pouvoirs publics s'appuyant sur l'opinion publique développent des objectifs de protection et de gestion des risques. Cette apologie du principe de précaution génère une répression accrue pour les individus considérés comme potentiellement dangereux. Il apparaît que dans un souci de défense sociale, dans les cas d'altération du discernement, les juridictions répressives françaises renforcent les peines prononcées. En prenant en compte la pathologie, tant au titre de la responsabilité, qu'au titre du soin, la rédaction actuelle de l'article 122-1 alinéa 2 favorise un traitement judiciaire du trouble psychiatrique. Les avis sont partagés à ce propos. Pour certains, l'esprit de l'article 122-1 alinéa 2 s'en trouve détourné, alors que d'autres considèrent cette interprétation normale. Cette constatation démontre que les juridictions privilégient la défense sociale en pointant le trouble du comportement. Par voie de conséquence, elles soulignent un manque de confiance envers les prises en charge psychiatriques. L'article 122-1 du Code pénal prévoit que les personnes dont le discernement est altéré, bien que punissables, doivent bénéficier d'un régime

---

176 PONTE. C, « La prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis des infractions », Soins Psychiatrie n° 269, juillet-août 2010.

177 Ministère de la Justice et ministère des Solidarités, de la Santé et de la Famille. Rapport de la commission Santé-Justice présidée par Jean-François BURGELIN. Santé, justice et dangerosité: pour une meilleure prévention de la récidive, Juillet 2005.

178 RENNEVILLE. M, *Crime et folie, deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*. Fayard, 2003.

179 Audition publique, expertise psychiatrique pénale, rapport de la commission d'audition, DGS / HAS, 25 et 26 janvier 2007.

particulier. La juridiction fixe la durée et les modalités de la peine, cependant le texte ne précise pas dans quel sens. Pour certains législateurs, cette disposition doit amener à une réduction de la peine. Une étude de droit comparé leur donne raison. Elle met en évidence l'existence dans les législations européennes, d'une volonté de minorer les peines des délinquants malades mentaux dont le discernement est altéré. En contrepartie, elles développent le recours aux soins contraints alors que le droit français n'a pas encore cette approche. En effet, la loi française prévoit simplement la possibilité de tenir compte de l'altération des facultés mentales lorsque le juge détermine la peine. Selon la commission d'audition de 2007<sup>180</sup>, le choix devrait se porter sur l'introduction d'une excuse atténuante, à l'image de celle déjà existante dans l'ordonnance du 2 février 1945 pour les mineurs auteurs d'infractions pénales. Au constat du nombre de détenus souffrant de pathologies psychiatriques dont la gravité enlève tout sens à la peine, le Sénat a examiné une proposition de loi<sup>181</sup> visant à modifier l'article 122-1 du Code pénal. Le sénateur J-R. Lecerf<sup>182</sup> a fait part de ses échanges avec les magistrats à ce sujet. Il s'avère que les malades mentaux leur font peur. En réaction, ils expliquent aux jurés, à propos de la personne concernée, « si vous décidez que son discernement est aboli, elle peut être dehors très rapidement et la société ne sera plus protégée ». Cette approche n'est pas digne d'une démocratie mature. Les magistrats en sont conscients, mais ils considèrent que le problème réside dans le manque de lits psychiatriques en milieu fermé et que cela ne relève pas de leur responsabilité. De la même façon, le sénateur J-P. Michel a confirmé que pour les jurys d'assises en particulier, la maladie mentale joue comme un indice de dangerosité supplémentaire et justifie une détention prolongée. La commission des lois du Sénat estimait qu'il fallait rompre avec cette logique qui fait de la prison le lieu d'accueil systématique des personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis des infractions. Pour un meilleur équilibre, elle a proposé que l'altération du discernement soit reconnue explicitement comme un facteur d'atténuation de la peine. La proposition prévoyait que la peine encourue serait réduite d'un tiers, la juridiction restant libre sous ce plafond, de déterminer la peine en respectant le principe constitutionnel d'individualisation des peines. Cette proposition, adoptée par le Sénat en janvier 2011, mais contre l'avis du Gouvernement, n'a finalement pas abouti. Au contraire, le docteur C. Paulet<sup>183</sup> a constaté que « l'augmentation de la mise à l'écart par l'enfermement, pourrait devenir un mode de gestion des populations qui présentent des éléments de dangerosité supposée ou avérée [...] ». Elle rejoint l'avis de C. Herszberg, auteur de « Fresnes, histoires de fous<sup>184</sup> », selon lequel l'hôpital psychiatrique n'assure plus sa fonction contenante et asilaire au sens de l'accueil et de la protection. En conséquence, les malades mentaux en situation précaire à l'extérieur se retrouvent très facilement en situation d'infraction sanctionnée par la prison. Sans faire de lien hâtif, nous pouvons légitimement nous interroger sur la coïncidence entre la diminution drastique des moyens de la psychiatrie et l'augmentation en parallèle des détenus atteints de troubles psychotiques en prison. D'un point de vue strictement arithmétique, la concordance est troublante. Cette surreprésentation des malades mentaux en prison serait donc, pour certains, en rapport avec la diminution des capacités d'hospitalisation plutôt qu'une conséquence de la modification du Code pénal. L'hypothèse d'une dés-institutionnalisation psychiatrique des malades mentaux se traduisant par leur ré-institutionnalisation dans le secteur pénal<sup>185</sup> est donc crédible. Cette surreprésentation serait finalement le signe d'un transfert de l'enfermement, de la psychiatrie vers la prison.

## §2. Soins et peine: des logiques difficilement compatibles.

L'obligation de soins est une mesure générale applicable avant ou après déclaration de culpabilité. Elle n'est pas spécifique à la délinquance sexuelle. Elle ne nécessite pas l'organisation de relations entre les

---

180 Expertise psychiatrique pénale. Rapport de la commission d'audition, Fédération française de psychiatrie et HAS, Mai 2007.

181 Proposition de loi n° 649 relative à l'atténuation de responsabilité pénale, applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits.

182 « Rendez-vous compte, en vingt ans, on a fermé la moitié des lits psychiatriques, Jean-René LECERF, sénateur », La Voix du Nord. 4 septembre 2009.

183 BORREL. P, *Un monde sans fous*, éditions Champ social, 2010.

184 HERSZBERG. C, *Fresnes, histoires de fous*, Seuil, 2006.

185 WACQUANT. L, *Punir les pauvres*, Agone, Marseille, 2004.

autorités judiciaires et sanitaires. Elle n'exige pas non plus d'expertise médicale préalable. La personne obligée doit se soumettre à des mesures d'examen, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation, notamment aux fins de désintoxication. Après déclaration de culpabilité, l'obligation de soins constitue une obligation particulière lorsque le condamné fait usage de stupéfiants ou fait une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques. En revanche, l'injonction de soins est une mesure attachée à la peine de suivi socio-judiciaire, qui implique l'organisation de relations entre les autorités judiciaires et sanitaires. Elle implique la présence d'un médecin coordonnateur qui fait le lien entre le médecin traitant et le juge de l'application des peines. L'injonction de soins peut aussi être prononcée, dans les cas de sursis avec mise à l'épreuve, de libération conditionnelle, de surveillance judiciaire, de surveillance de sûreté ou de rétention de sûreté. Le dispositif d'injonction de soins instauré par la loi de 1998 concernait au départ les délinquants sexuels. Il intéresse les psychiatres surtout dans leur activité propre ambulatoire et ne concerne pas directement le dispositif de sectorisation de psychiatrie. Il existait déjà des dispositions d'injonctions thérapeutiques actualisées par la loi de 2007 en matière de consommation de produits psycho-actifs illicites<sup>186</sup>. Le législateur a également prévu le suivi socio-judiciaire et l'injonction de soins. Il convient de lever en préalable une ambiguïté. Pour les experts, même si la psychiatrie est ici convoquée, les auteurs d'infraction à caractère sexuel ne sont généralement pas des malades mentaux. Ils manifestent des troubles variés de la personnalité, de nombreuses formes de déviance sexuelle qui sont souvent associés à des conduites addictives. Ils présentent des profils psychopathologiques variés et il est difficile de traduire la complexité et la diversité de leurs problématiques. Les thérapeutiques appliquées aux auteurs de violence sexuelle font appel aux psychothérapies individuelles et psychothérapies de groupe ainsi qu'aux traitements pharmacologiques. C'est l'association d'une prise en charge médico-psychologique et socio-éducative, qui est généralement adaptée à la prise en charge de la plupart des auteurs de violence sexuelle, non atteints de maladie mentale évidente. Les connaissances concernant les auteurs d'agression sexuelle sont en fait très incertaines et cette population ne peut se réduire à la seule discipline psychiatrique. Cela nécessite au contraire une approche scientifique multidisciplinaire relevant à la fois des disciplines psychiatrique, psychologique, criminologique et sociale. Cette vision est illustrée par le professeur Senon et le docteur Manzanera, pour qui « la prise en charge [...] d'un auteur de violence sexuelle ne se fait pas suivant une conduite à tenir codifiée en psychiatrie, comme peut l'être le traitement d'une dépression ou d'une psychose, il s'agit plutôt d'un accompagnement médical, psychologique et éducatif et la prise en charge multidisciplinaire est de règle<sup>187</sup> ». La récidive constitue bien une problématique particulière des délinquants sexuels mais un consensus se dégage pour reconnaître que les délinquants sexuels sont certes perturbés, mais très rarement de véritables malades mentaux. Chez ces sujets, les pathologies psychiatriques lourdes existent mais sont finalement rares. Il s'agit surtout troubles de la personnalité tels que l'immatrité, l'intelligence limite ou la personnalité psychopathique. Les agresseurs sexuels ne présentent généralement pas de pathologie psychiatrique au sens clinique du terme, sauf si les passages à l'acte signent l'entrée ou l'évolution de psychoses. En conséquence, l'irresponsabilité de la plupart des agresseurs sexuels n'est pas retenue. Les criminologues comme les psychiatres dénoncent d'ailleurs, quasi unanimement, l'amalgame actuel entre délit sexuel et maladie mentale. En effet, on ne peut pas déterminer une maladie ou un type de personnalité à partir d'un délit. Devant l'horreur des crimes commis et l'émotion qu'ils suscitent, nos sociétés se focalisent sur la castration. Qu'elle soit sous la forme d'hormonothérapie ou par des psychothérapies, elle n'est pas forcément indiquée pour être imposées au criminel, alors même qu'aucun diagnostic n'est posé pouvant justifier ce traitement. Pour illustrer les difficultés posées par les délinquants sexuels, P. Bilger<sup>188</sup>, ancien avocat général près la Cour d'appel de Paris, est revenu sur le drame récent de Toulouse où une petite fille a été enlevée et violée par son agresseur. Apparemment, rien ne permettait de mettre en cause le processus judiciaire dans lequel l'individu était inséré. Le matin de l'agression il s'était rendu à sa consultation. Le magistrat se demandait alors ce qui peut se passer quand dans le même mouvement se mêle la tentative de domination de sa nature, représentée par cette consultation, et la

---

186 Art L.3422-1 du CSP.

187 SENON. J.-L. et MANZANERA. C., *L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive*, AJ pénal, 2007.

188 BILGER. P., « La psychologie peut-elle complètement guérir les violeurs? », Marianne, 20 Avril 2011.

libération violente de ce que celle-ci était censée apaiser. Pour P. Bilger « On consulte puis on viole parce que la consultation vient d'une injonction et que le viol vient malheureusement de soi ». La discussion ne porte pas sur l'abolition mais plutôt sur l'altération du discernement et l'indication de soin. De fait, il existe aujourd'hui un risque majeur de confusion vers la psychiatrisation abusive de la délinquance sexuelle. La conjugaison de l'éthique, de la clinique et de la loi s'avère très différente lorsqu'il s'agit de troubles de la personnalité à composante perverse sexuelle. Trois cas de figure sont possibles. D'abord les personnes sollicitent les soins ou acceptent de céder à la pression de leur entourage. Ensuite, ils peuvent faire l'objet de soins sans consentement. Enfin, ils peuvent être sous le coup d'une injonction de soins. Dans ce troisième cas, il ne s'agit plus de réprimer ou soigner mais de réprimer et soigner. Pour la grande majorité des abuseurs sexuels, il n'y a pas de contre-indication à l'action judiciaire, le soin ne se substitue pas à la punition mais il la complète. Le soin permettra dans un second temps et dans certains cas l'aménagement de la punition, cependant les personnes concernées sont rarement demandeuses de soins. L'expert indique la nécessité du soin et le juge l'énonce, le thérapeute ouvre une possibilité et le délinquant sexuel s'engage, éventuellement, dans la démarche de soins. Le regard humaniste du psychiatre est possible parce que la loi s'inscrit en arrière-fond de la relation avec un homme qui a été ou qui va être jugé. Le docteur Lanteri-Laura<sup>189</sup> rappelle qu'imaginer qu'une espèce de traitement appliqué, dans des conditions assez contraignantes, pourrait représenter la forme moderne et judicieuse de la peine, n'a aucun sens. Pour lui, déontologie et efficacité ne sont conciliables « qu'à la condition expresse de dissocier absolument ce qui relève de la condamnation et du châtement et ce qui concerne la thérapeutique ». En matière d'obligation de soins, c'est plutôt le médecin coordonnateur qui assure un écran entre le médecin traitant et le juge de l'application des peines. Ceci permet de garantir l'autonomie des choix thérapeutiques du praticien traitant. Cependant la démographie des médecins coordonnateurs est sensiblement la même que pour les psychiatres, elle ne permet pas dans certains départements de disposer d'une liste suffisante de praticiens. La création de médecins coordonnateurs assurant l'interface entre les juges et les praticiens chargés du suivi des ex-détenus est d'ailleurs exemplaire des textes partiellement inapplicables. En juillet 2009 quarante tribunaux sur cent-soixante-quinze en étaient encore dépourvus<sup>190</sup>. De plus, les missions d'évaluation du suivi des soins et de garantie du secret médical qui incombent au médecin coordonnateur, semblent souvent mal connues.

Le juge de l'application des peines (JAP), créé en 1958, est chargé de suivre les condamnés à l'intérieur et à l'extérieur de la prison. Il est compétent pour fixer les principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté. Son rôle central lui permet de désigner le service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP), qui veillera au respect des obligations imposées au condamné<sup>191</sup>. Il désigne un médecin coordonnateur<sup>192</sup> dont il recevra les rapports. Le JAP intervient tant pendant la période de détention que lors du déroulement ultérieur de l'injonction. Dans la réalité, la surcharge de travail des JAP les oblige à déterminer des dossiers prioritaires au vu des informations fournies par le SPIP et le médecin coordonnateur. La durée de l'injonction de soins pose aussi problème en matière de prise en charge médicale. Le suivi socio-judiciaire est souvent fixé par le juge en référence à la peine principale prononcée. Il respecte une proportionnalité avec cette peine. Ceci engendre l'ordonnance des soins sur de longues durées prolongées, alors que de nombreux professionnels de santé font remarquer l'absence de justification sanitaire à cette durée. Selon les professionnels, pour la majorité des condamnés une longue durée de soins psychiatriques ou psychologiques n'est pas adaptée. Il serait souvent plus pertinent de mettre en place des prises en charge séquentielles d'intensité et de longueur variable correspondant à la situation réelle du patient-condamné. Nous touchons ici à la difficulté d'assimiler le soin à la peine ce qui demeure un contresens. De plus, le plus souvent, l'obligation de soins consiste à justifier d'un rendez-

---

189 Le Dr LANTERI-LAURA, chef de Service honoraire de l'hôpital Esquirol, ancien directeur d'études à l'école des hautes études en sciences sociales, ancien chargé de cours à l'Institut de Criminologie de l'Université Paris II.

190 MOUHOUBI. S, « Mort de Brahim-La faillite du système psychiatrique, Praticiens et magistrats dénoncent un cruel manque de moyens et d'effectifs dans les structures existantes », 27 avril 2010, [www.francesoir.fr](http://www.francesoir.fr)

191 Art 763-1 du Code de procédure pénale.

192 Art L.3711- 1 du CSP.



vous chez le médecin pour obtenir une attestation que la personne présentera au JAP. Force est pourtant de constater que cette démarche ne garantit en rien la prévention d'une récidive. En décembre 2010, la troisième journée d'étude « psychiatrie et justice »<sup>193</sup> de Lille a été l'occasion d'une confrontation de points de vues entre psychiatres, magistrats et conseillers de probation. Chacun a pu faire-part de ses difficultés à trouver une place satisfaisante dans le dispositif de suivi. A ce propos, une initiative originale et inédite a été mise en place dans les Pyrénées Atlantiques, afin de conjuguer les logiques judiciaires et sanitaires. A. Bressy, juge d'application des peines près le Tribunal de grande instance de Pau, a voulu « briser la fatalité de la récidive<sup>194</sup> ». Pour cela, un partenariat original a été créé entre la justice et la psychiatrie par le biais d'une convention. Le docteur Della, président de la commission médicale d'établissement du CHS des Pyrénées, qualifie d'ailleurs cette initiative de « collaboration intelligente entre deux mondes très différents ». Pour chaque cas d'obligation de soins, un document de liaison respectant le secret médical circule entre le juge, le service pénitentiaire d'insertion et de probation et le CHS. Ce dispositif permet une information optimale de tous les intervenants pour un meilleur suivi de chaque cas. Cet exemple montre que si des prises en charge efficaces sont possibles, elles paraissent étroitement dépendantes des personnes en présence et de leur volontarisme. Un exemple vécu paraît emblématique de non-sens flagrants dans les objectifs poursuivis, en matière de complémentarité et compatibilité entre peine et soins. En l'espèce, une patiente était prise en charge en hôpital de jour de psychiatrie et dans le même temps elle était en attente de l'exécution d'une peine d'un mois de bracelet électronique. La pose du bracelet et les contraintes afférentes a eu lieu un an après le prononcé de la peine et neuf mois après le début de prise en charge en hôpital de jour. La peine par bracelet électronique a assigné la patiente chez elle, interrompant ainsi la prise en charge et les soins. Devant l'incompréhension de la patiente et celle des soignants, contact a été pris avec le service pénitentiaire d'insertion et de probation. Celui-ci, au demeurant très compréhensif, nous a fait part d'un désarroi identique devant une décision aveugle et manifestement contre-productive.

Cette question importante ne peut rester du domaine de l'initiative locale et dépendante de la seule volonté des personnes en place. Une réelle impulsion des pouvoirs publics serait souhaitable, d'autant que des recommandations<sup>195</sup> dans ce sens existent. A ce jour, la seule avancée notable s'est concrétisée dans une circulaire de 2006<sup>196</sup>, qui préconise entre autres, la création de centres de ressources interrégionaux (CRIAVS) et la clarification de l'articulation des différentes prises en charge, qu'elles soient sanitaires, judiciaire, sociale ou éducative. Cela n'est cependant pas suffisant, à l'évidence, pour réduire le « mur » qui existe encore entre les mondes sanitaires et judiciaires, malgré la bonne volonté évidente généralement constatée.

### **§3. L'hospitalisation d'office après déclaration d'irresponsabilité pénale.**

La loi prévoit que l'hospitalisation d'office peut avoir lieu sur saisine du préfet par les autorités judiciaires. La loi du 27 juin 1990 prévoyait à l'article L.3213-7 du CSP un cas où l'autorité judiciaire était tenue d'aviser immédiatement le préfet. C'était le cas lorsqu'une personne était déclarée irresponsable pénalement et qu'il apparaissait qu'elle pourrait compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes. Ce dernier devait prendre toute mesure utile et prononcer, le cas échéant, l'hospitalisation d'office. Ainsi, avant 2008, l'autorité judiciaire ne pouvait être directement décisionnaire mais devait saisir systématiquement le représentant de l'Etat, charge à ce dernier de prononcer une hospitalisation d'office. Depuis 2008, suite à la loi Dati, cette situation a évolué et l'autorité judiciaire peut ordonner elle-même l'hospitalisation aux différentes étapes du procès<sup>197</sup>. Désormais, la chambre

---

193 MAUDUIT. H, « Psychiatrie en prison : le risque zéro pollue les soins », (APM), 15 décembre 2010.

194 « Un traitement adapté contre la récidive », La République des Pyrénées, 24 mars 2010.

195 Recommandations du groupe de travail associant le ministère de la justice sur la prise en charge des auteurs d'infraction sexuelles soumis à une injonction de soins dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire, mars 2001 à avril 2002.

196 Circulaire DHOS/DGS/02/6C n°2006-16 du 13 avril 2006 relative à la prise en charge des auteurs de violences sexuelles et à la création de centres de ressources interrégionaux.

197 Art 706-135 du Code de procédure pénale.

de l'instruction, le tribunal correctionnel ou la cour d'assises, peuvent ordonner l'hospitalisation d'office de la personne jugée irresponsable. Il doit être établi, à cette fin, une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure. Elle doit attester que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte de façon grave à l'ordre public. Si la disposition de la loi de 1990 existe toujours, la loi du 25 février 2008 a étendu le pouvoir de décision du juge pénal envers une personne ayant bénéficié d'une décision d'irresponsabilité pénale pour l'abolition du discernement. Le juge pénal dispose désormais d'un pouvoir de décision en matière de soins sans consentement, identique à celui du représentant de l'Etat. Cette possibilité figure à l'article 706-135 du Code de procédure pénale et octroie au juge répressif un nouveau pouvoir envers la personne déclarée pénalement irresponsable pour cause de trouble mental. Dans cette hypothèse, le représentant de l'Etat est immédiatement avisé de cette décision et le régime des soins est celui prévu à l'article L.3213-1 du CSP. Le législateur a ainsi mis en place une double possibilité sécuritaire et sanitaire d'internement de l'individu irresponsable pour troubles mentaux. L'article D.47-29-2 du Code de procédure pénale précise que, si la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement n'ordonne pas l'hospitalisation, cela n'interdit pas au représentant de l'Etat d'appliquer l'article L.3213-7 du CSP. Le préfet conserve ici sa compétence de principe. Ces dispositions, visant en premier lieu à prévenir la commission d'une nouvelle infraction, ont bien une finalité sécuritaire et relèguent en arrière plan la finalité thérapeutique. Elles renforcent l'implication du juge répressif dans le dispositif de contrôle social en permettant l'hospitalisation d'office, au titre de mesure de sûreté. En effet, le juge protège ici la société d'un risque lié à la dangerosité, d'un malade mental ayant déjà commis une infraction. L'ambiguïté de ces dispositions à d'ailleurs fait l'objet d'une clarification par la Cour de cassation<sup>198</sup>, celle-ci relevant que « la mesure d'hospitalisation d'office prévue à l'article 706-135 du CPP constitue bien une réelle mesure de sûreté ». L'hospitalisation d'office semble avoir ainsi rejoint l'arsenal des mesures qualifiées d'« individuelles, coercitives, imposées à des individus dangereux pour l'ordre social, afin de prévenir les infractions que leur état rend probables<sup>199</sup> ». Selon la publiciste K. Lucas, ceci « amène à s'interroger sur le fait de savoir si, d'une certaine manière, il ne s'agirait pas d'une mesure de « rétention » administrative qui ne dit pas son nom<sup>200</sup> ». Nous verrons que le Conseil constitutionnel a mis en partie en cause ces dispositions dans sa décision du 20 avril 2012. Il existe en effet, selon les sages, une insuffisance des garanties légales encadrant le régime applicable aux soins sans consentement ordonnés par le préfet, lorsque ce dernier est saisi par les autorités judiciaires. En revanche, le juge constitutionnel n'a pas retenu d'inconstitutionnalité pour une mesure d'hospitalisation complète ordonnée directement par une juridiction d'instruction ou de jugement, en application de l'article 706-135 du CPP. Dans ce cas, les sages, à la différence de la situation précédente, considèrent qu'il s'agit d'une mesure juridictionnelle prononcée à l'issue d'un débat contradictoire et susceptible de recours. En définitive, pour l'ensemble des situations d'irresponsabilité pénale, si le juge constitutionnel reconnaît la spécificité de certaines situations, il souligne qu'il appartient au législateur « d'adopter les garanties légales contre le risque d'arbitraire encadrant la mise en œuvre de ce régime particulier ». En l'espèce, les sages exigent dorénavant, que les restrictions particulières apportées soient proportionnées à l'infraction commise.

---

198 *L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. A propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 21 janvier 2009*, Droit Pénal, mai 2009, p. 10.

199 STEFANI. G, LEVASSEUR. G, BOULOC. B, *Droit pénal général*, Dalloz, 19e éd., 2005, n° 479 et s.

200 LUCAS. K, *L'initiative de l'hospitalisation d'office : un pouvoir partagé au service d'un contrôle sanitaire et social renforcé*, Revue de droit sanitaire et social, 2010 p. 1077.



## **TITRE 2. UN ÉQUILBRE ENTRE LA PROTECTION DES LIBERTÉS ET LE CONTRÔLE SANITAIRE ET SOCIAL.**

La notion de « contrôle social » recouvre un ensemble de relations et de processus de catégorisation des individus, présentés comme neutres par leurs promoteurs<sup>201</sup>. Le contrôle social s'effectue selon des modalités très variées, plus ou moins directes. Ces modalités sont tantôt répressives ou tantôt incitatives mais également formelles et informelles. La notion de contrôle social renvoie à la discipline nécessaire à la préservation de l'ordre public. Cette dernière recouvre la régulation des conduites et les processus d'inculcation des normes. Dans le domaine de la santé mentale, c'est précisément le respect des libertés individuelles face aux exigences de sûreté et d'ordre public qui est concerné. Il s'agit de la liberté d'aller et venir, garantie par la sûreté. Ceci s'entend au sens de la protection contre la détention arbitraire et de la protection de l'intimité de la vie privée, en l'occurrence le secret médical et le domicile. La prise en charge des troubles mentaux est susceptible de nécessiter une restriction de l'une ou l'autre de ces libertés face aux exigences d'ordre public. D'après l'analyse de M. Delmas-Marty<sup>202</sup>, le couple sécurité et dangerosité a l'apparence d'un couple paisible et « il y aurait une sorte de complémentarité naturelle entre sécurité et dangerosité ». De tout temps, la communauté des hommes a dû, pour assurer sa survie, se protéger contre les dangers quelle que soit leur origine. De nos jours, cette préoccupation légitime est cependant pervertie par l'illusion d'un « monde parfait » qui se trouve forcément assortie d'une exigence de « risque zéro ». Cette quête stimule une prévention des risques, qu'ils soient avérés ou potentiels, au titre du principe de précaution. La transposition de ce principe aux comportements de l'homme génère une culture irrationnelle de la peur. La perception de la réalité se trouve déformée par le truchement de discours politiques qui mettent en exergue les faits divers les plus marquants. La recherche perpétuelle de la sécurité totale transforme en profondeur la notion de contrôle social. Cette logique trouve à s'appliquer à l'internement psychiatrique, en considérant la maladie mentale comme facteur potentiel de désordre. Beccaria<sup>203</sup> avait d'ailleurs alerté sur l'impasse que constitue cette dérive en déclarant. Ainsi, selon lui, « à quoi serions-nous réduits si tout ce qui peut amener à commettre un délit était interdit ? Il faudrait priver l'homme de l'usage de ses sens ».

---

201 *Les espaces du contrôle social*, Politix, Revue des sciences sociales du politique, n° 97, 2012.

202 DELMAS-MARTY. M, *Sécurité et dangerosité*, RFDA, 2012, p. 1096.

203 BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, 1966, p. 141.



## **CHAPITRE 1. LA PROTECTION DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES AU REGARD DU CONTRÔLE SANITAIRE ET ADMINISTRATIF.**

La circulaire Clémenceau de 1906 constitue une référence historique qui reste d'actualité en matière de vigilance, face aux dérives de l'internement psychiatrique. Pour Clémenceau, « l'idée que l'un de nos semblables (pouvait) être indûment retenu dans un établissement d'aliéné (était) intolérable à la conscience humaine [...] n'y eût-il, dans tous les établissements privés et publics de France qu'une personne saine, et par abus ou erreur soumise à ce régime, que le devoir s'imposerait à nous impérieusement, de faire cesser d'urgence un tel scandale ».

Plus récemment, les praticiens J-L. Senon et C. Manzanera notaient<sup>204</sup> que la psychiatrie faisait face à deux discours critiques opposés. Le premier revendiquait contre une psychiatrie présentée comme chaque jour plus liberticide. Son argumentation s'appuyait à la fois sur un excédent de lits, mais aussi sur des chiffres d'hospitalisations à la demande d'un tiers en constante augmentation. Ce même courant était le promoteur d'une judiciarisation de la loi de 1990, afin de mieux protéger les libertés individuelles, et revendiquait « une réaffirmation du consentement comme pièce centrale de la relation médecin malade conformément à la loi de mars 2002 ». *A contrario*, une autre tendance dénonçait une psychiatrie trop libertaire, utilisant de rares faits divers particulièrement graves et s'appuyant sur le fait que les malades mentaux pénalement irresponsables échappaient à la fois aux soins et à la justice. Cette dernière vision, sera confirmée, à la fois par le discours d'Antony du chef de l'Etat, et dans un premier temps dans la loi Dati de 2008. Après la définition de certains principes encadrant la notion de liberté, nous aborderons successivement et conjointement les mesures qui entravent ces libertés au nom du contrôle social.

### **SECTION 1. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX.**

La DDHC de 1789 proclame en son article premier que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. L'article 2 dispose que les droits naturels et imprescriptibles de l'homme sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. La résistance à l'oppression symbolisait alors la lutte contre la religion catholique et contre l'absolutisme royal. La Déclaration a transformé les principes philosophiques des « lumières » en principes juridiques. L'article 4 dispose que la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. L'exercice des droits de chaque membre est limité par les bornes qui assurent aux autres membres la jouissance de ces mêmes droits. Enfin, ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. Ainsi, l'article 4 propose à la fois une définition de la liberté et en corollaire, en précise les limites. L'idée de liberté est ici de source individualiste et défensive, elle s'applique à l'homme et non à la société. Une réserve est toutefois énoncée puisque des limites sont posées dans l'intérêt général. Ainsi, la liberté de chacun ne doit pas empiéter sur celle d'autrui. Le respect de ces principes est assuré par la loi qui fixe seule les limites à la liberté. L'article 5 de la DDHC vient enfin compléter ce principe de liberté, en disposant que la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Il en résulte un principe selon lequel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Le Préambule de la Constitution de 1946 vient confirmer ces droits et libertés en réaffirmant « les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 [...] ».

#### **§1. Les libertés individuelles garanties par la loi.**

La protection des libertés individuelles doit porter à la fois contre l'arbitraire de la puissance publique et contre les atteintes par le corps social. En premier lieu, l'état de droit qui est garant de la démocratie repose sur plusieurs principes fondamentaux. Il s'agit en particulier de la séparation entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire. La séparation qui nous intéresse particulièrement au

---

204 SENON. J-L et MANZANERA. C, *Comment mieux répondre aux problèmes cliniques et médico-légaux actuels pour préserver une psychiatrie ouverte et dynamique?* Annales Médico-Psychologiques 163(2005), p. 870-877, [france.elsevier.com](http://france.elsevier.com)

sein de l'autorité judiciaire est celle qui concerne les magistrats du siège à l'égard des autres pouvoirs. Selon Rivero, la liberté se traduit par la capacité à l'autodétermination et cette liberté ne peut reposer que sur la séparation des pouvoirs. L'idée de séparation des pouvoirs est apparue sous l'Ancien régime pour éviter que le roi s'arroge le pouvoir du Parlement. A l'inverse, celui qui applique la loi ne doit pas être l'instrument du Parlement. Montesquieu avait pour objectif de promouvoir la liberté par l'instauration d'un système modéré. Ce système se caractérisait par une séparation des pouvoirs en opérant une distinction tripartite ou *Trias Politica*. Il établissait la fonction législative, exercée par le Parlement, conservait la fonction exécutive, exercée par le roi, et instaurait une fonction judiciaire indépendante devant appliquer la loi. Selon Montesquieu<sup>205</sup>, « il y a, dans chaque État, trois sortes de pouvoir : la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du choix des gens et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil [...]. Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté [...], il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice ». Les révolutionnaires ont repris ce principe à l'article 16 de la DDHC, disposant que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». De nos jours, la Constitution de la Ve République, caractérisée par le régime parlementaire rationalisé, atténue fortement le principe de séparation des pouvoirs. C'est le cas au regard des relations entre le Président de la République, entre le Gouvernement et le parlement, mais aussi compte tenu du statut particulier du parquet au sein de l'autorité judiciaire.

En second lieu, l'article 9 de la DDHC affirme le principe de présomption d'innocence. Il dispose que tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable. Ce principe est confirmé à l'article 6-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ce texte affirme que toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. La conjugaison de ces deux articles affirme le principe essentiel de la présomption d'innocence. En conséquence, il est possible de détenir quelqu'un sans le juger seulement par exception et dans certaines conditions particulières. A ce titre, la détention préventive ne doit plus être un châtiment anticipé et arbitraire mais doit être fondée sur la loi. Ce principe est aussi énoncé en droit civil. Le 1er alinéa de l'article 9 du Code civil énonce que chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.

A l'aune de ces principes énoncés, les mesures de rétention de sûreté prêtent à discussion. R. Badinter et P. Mazeaud<sup>206</sup> ont rappelé à ce propos le nécessaire respect de la présomption d'innocence. Pour P. Mazeaud, « Tout notre système judiciaire repose aujourd'hui sur un principe simple : il n'y a pas de prison sans infraction. Or, là c'est tout à fait autre chose, c'est après la peine que l'on maintient quelqu'un en prison, non pas au titre d'une infraction qu'on lui reproche, non pas au titre d'une infraction pour laquelle il a été condamné mais au titre d'une infraction virtuelle, d'un crime qu'il pourrait éventuellement commettre s'il était libre [...]. C'est une dérive dangereuse, nous oublions trop que la justice repose sur un certain nombre de principes et que le premier de ces principes, dans tout pays de libertés, c'est la présomption d'innocence ». Le Dr B. Lachaux<sup>207</sup>, psychiatre au CHS Paul Guiraud de Villejuif, souligne qu'il est grave de considérer l'être humain comme un produit dangereux pour la société, lorsqu'il dérange l'ordre social. Selon ce praticien, cette évolution radicale sur le fond, fait disparaître les deux principes fondateurs de notre régulation sociale : la présomption d'innocence et la notion de défense possible du mis en cause. Ce principe humaniste reste cependant difficile à appréhender par le grand public, surtout s'il est déformé et contourné par des voix officielles, il faut toutefois se rappeler qu'il fut retenu en 1789 en réaction à la justice aveugle, barbare et arbitraire de l'Ancien régime.

---

205 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Le Livre de Poche, 1997.

206 « Badinter dénonce le projet de loi sur la rétention de sûreté des pédophiles », Le Nouvel observateur, 13 juin 2008.

207 LACHAUX. B, « Clinique et éthique du consentement », Rhizome n°42, septembre 2011, p.2-3.

L'article premier de la DDHC prévoit l'égalité des citoyens devant la loi en disposant que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. L'article 6 affirme de plus que la loi est l'expression de la volonté générale. A ce titre, elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Ce principe se trouve repris à l'article premier et à l'article 4 de la Constitution de 1958 disposant que la France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Ces dispositions s'avèrent particulièrement importantes en matière de privation de liberté. Rappelons enfin que, selon le recueil des obligations déontologiques des magistrats, l'impartialité du magistrat constitue un devoir absolu qui est destiné à rendre effectif l'un des principes fondateurs de la République, à savoir l'égalité des citoyens devant la loi. Enfin, le principe d'égalité des citoyens devant la justice a été consacré par le Conseil Constitutionnel<sup>208</sup> en 1975. Il s'est clairement prononcé à ce propos, à l'occasion de l'examen de dispositions relatives à la procédure pénale, concernant le principe de collégialité appliqué aux juridictions. Cette décision a rappelé le principe d'égalité devant la justice, inclus dans le principe d'égalité devant la loi, proclamé dans la DDHC, et réaffirmé par le préambule de la Constitution. Pour les sages « le respect de ce principe fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes ».

C'est la loi qui constitue la norme impérative de référence dans un Etat de droit. Elle désigne une règle juridique suprême, générale et impersonnelle qui est prescrite par le pouvoir législatif représentant le Peuple. Cependant dans la réalité, la loi qui devrait être impérative et source de droit est fréquemment déclarative et de faible portée. C'est l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui affirme la suprématie de la loi en matière de liberté. Celui-ci dispose que la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. En conséquence, une limitation de la liberté individuelle ne se conçoit que si elle s'inscrit dans la loi. Le principe général est donc celui de la liberté et par exception la limitation de la liberté, doit être inscrite dans la loi.

La rétroactivité des lois constitue un facteur certain d'insécurité juridique, elle est donc particulièrement encadrée. A propos du principe de non-rétroactivité des textes, Portalis expliquait en 1803 que l'office des lois est de régler l'avenir, le passé n'étant plus en leur pouvoir. Portalis précisait de même que « la loi qui sert de titre à l'accusation doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse ». L'article 8 de la DDHC précise le principe de non rétroactivité de la loi pénale la plus dure. La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. La sanction ne peut intervenir qu'en vertu d'une loi appliquée légalement et qui doit être établie et promulguée antérieurement au délit. La Convention européenne confirme ce principe à l'article 7 en disposant qu'il ne peut être infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment de la commission de l'infraction. Ce principe de non-rétroactivité s'applique également au regard des jurisprudences conventionnelles et constitutionnelles. En l'espèce, une loi ne doit pas mettre en cause les décisions juridictionnelles passées qui ont la force de chose jugée. Si la rétroactivité est exceptionnellement retenue, elle doit alors répondre à un but d'intérêt général suffisant. De la même façon, la Convention européenne ne conçoit la rétroactivité des textes que dans les affaires en cours et seulement pour des motifs impérieux d'intérêt général. La question de la rétention de sûreté a suscité un débat vif au regard du principe de non rétroactivité. P. Mazeaud a vivement critiqué la loi de rétention de sûreté<sup>209</sup> au nom de la remise en cause du principe de non rétroactivité et du principe légaliste. Le Conseil constitutionnel a validé la rétention, en expliquant qu'il ne s'agit pas d'une mesure pénale. Mais il suggère en s'opposant à la rétroactivité, qu'on est quand même dans le domaine pénal. Pour P. Mazeaud, « ce n'est qu'en matière pénale que la non-rétroactivité est un principe constitutionnel ». Il qualifie le dispositif de « juridiquement confus » et selon lui, « [...] rien ne dit que cette nouvelle loi pourrait survivre à une décision de la Cour européenne

---

208 CC, décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, relative à la loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale. Considérant 4 et 5.

209 « La rétention? Une mauvaise loi ! », Le Nouvel Observateur, 28 février 2008.



des droits de l'homme. Si un condamné, soumis à la rétention de sûreté, décide de déposer un recours il y a de fortes chances que la Cour nous condamne ».

La suprématie de la loi est fondée sur l'expression de la volonté générale telle qu'elle est prévue par l'article 6 de la DDHC. En matière pénale, seule la loi est légitime pour l'incrimination d'un comportement humain. Ce principe fait toutefois l'objet d'une application variable mais encadrée en droit interne. Les sages acceptent des différences de traitement en dehors des domaines précis où toute différence de traitement est interdite. Ils reconnaissent, par ailleurs, des domaines où au contraire un certain type de différenciation est exigé. Ils appliquent alors un considérant de principe<sup>210</sup>, selon lequel le principe d'égalité « ne s'oppose, ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général [...] ». La différenciation doit cependant être fondée sur un critère objectif, raisonnable et pertinent au regard du but poursuivi. L'article 8 de la DDHC limite de plus le pouvoir législatif, en lui imposant un critère incontournable de nécessité. Le législateur ne doit, en effet établir, que des peines qui sont strictement et évidemment nécessaires. Ce critère de nécessité vient encadrer la portée de la loi pénale afin de respecter les autres principes fondamentaux.

Le principe légaliste figure à l'article 7 de la DDHC. Il dispose que nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Si ce principe légaliste est nécessaire, il n'est cependant pas suffisant. La loi doit aussi satisfaire à une particulière qualité rédactionnelle afin de ne pas être elle-même source d'abus. En résumé, le principe légaliste recouvre plusieurs exigences en termes de contenu. La loi doit non seulement définir l'interdit, mais de plus le formuler sans ambiguïté. Le principe est réaffirmé par la Convention européenne à l'article 7. Celui-ci dispose que nul ne peut être condamné pour une action, ou une omission, qui ne constituait pas une infraction au moment où elle a été commise,.

La sûreté se définit comme le droit à ne pas être arbitrairement détenu. Ce droit est formellement garanti par les textes. Ils fondent la notion de « sûreté juridique », c'est à dire la nécessaire protection de la liberté physique de l'individu contre l'arbitraire des juges et du pouvoir exécutif. Ils sont largement inspirés de l'« *Habeas Corpus* », appliqué en Angleterre depuis 1679. En France, le droit à la sûreté, au sens de la protection contre l'arbitraire, se différencie nettement du droit à la sécurité. Le droit à la sûreté et le droit à la sécurité entrent d'ailleurs souvent en conflit. Les garanties de sûreté sont en réalité proportionnellement réduites pour répondre à une exigence de sécurité. Cela se traduit concrètement par des restrictions d'exercice des libertés individuelles. Ceci est particulièrement vrai en période de crise et d'instabilité sociale. Cette tendance était déjà présente, mais les attentats du 11 septembre 2001 et la crainte du terrorisme qu'ils ont généré ont amené des mesures particulièrement graves d'atteinte aux libertés individuelles. Aux USA, le « patriot act<sup>211</sup> » a instauré le statut de « combattant ennemi » et de « combattant illégal », permettant au Gouvernement des États-Unis de détenir sans limite et sans inculpation, toute personne soupçonnée de projet terroriste. Cette disposition a permis d'utiliser la torture avec la complicité de quatorze États européens<sup>212</sup>. Prévu à l'origine pour quatre ans, le « patriot act » a été renouvelé en 2006, par le Sénat et la Chambre des représentants. En ce qui concerne la France, le sociologue J-C. Paye<sup>213</sup>, considère que la loi « LOPPSI 2<sup>214</sup> » de 2011 présente de fortes similitudes avec le « patriot act » américain. Ces deux législations se présentent toutes deux comme un « fourre-tout » sécuritaire, constituant une série de mesures disparates visant toutes à réduire les libertés individuelles. Cela se traduit en pratique, par l'inflation des fichages informatiques des individus et l'interconnexion des données, qui représentent des risques d'atteintes

---

210 CC, décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom.

211 Loi pour unir et renforcer l'Amérique en fournissant les outils appropriés pour déceler et contrer le terrorisme, adoptée aux USA le 26 octobre 2001.

212 RAMONET. I, « CIA, vols secrets », Le Monde Diplomatique, mars 2007.

213 PAYE. J-C, *La fin de l'Etat de droit*, éditions La Dispute, 2004.

214 Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2). JORF n°0062 du 15 mars 2011, page 4582, texte n° 2.

aux libertés pourtant garanties par la loi<sup>215</sup>. Dans la même logique, une tentative de détection précoce des troubles de l'enfant a pu avoir lieu<sup>216</sup>. Elle n'a pas abouti, grâce au mouvement de protestation « Pas de zéro de conduite pour les enfants de trois ans ». Cette approche déterministe suscita un tollé des professionnels de l'enfance. L'INSERM<sup>217</sup> qui avait un temps apporté sa caution, a finalement reconnu son erreur. Nous n'oublierons pas un autre phénomène rampant et *a priori* plus neutre, il s'agit de la vidéosurveillance, renommée vidéo protection, qui épie chacun de nos faits et gestes au quotidien.

D'un point de vue juridique, si le droit pénal pose toujours un principe général selon lequel tout délit ou crime doit être intentionnel, la loi Guigou de juillet 2000<sup>218</sup> a créé néanmoins une rupture. Elle établit des infractions non intentionnelles reposant sur une nouvelle notion de « mise en danger d'autrui<sup>219</sup> ». Le législateur est allé encore plus loin, puisque le délit de mise en danger d'autrui peut être désormais reconnu, sans qu'il y ait réalisation d'un dommage. La sanction intervient pour sanctionner la seule création d'un risque. Nous pouvons en conclure que les principes démocratiques ont finalement tendance à s'effacer devant l'impératif sécuritaire, ce qui tend à transformer en profondeur notre système de valeurs. Auparavant la préoccupation portait plutôt sur les abus du pouvoir attentatoires aux libertés. Au contraire, on considère aujourd'hui que le danger est intrinsèque à la nature humaine dangereuse par définition et qu'il convient donc de la contrôler étroitement. L'inflation des contrôles, fichages, surveillances que nous constatons sont le reflet concret de cette dérive. Il devient alors nécessaire de se souvenir que la perversion des meilleurs systèmes est une réalité inscrite dans notre histoire contemporaine. A titre d'exemple, la Révolution de 1789 a engendré deux très beaux principes comme la Déclaration des Droits de l'homme et la démocratie. Elle a également engendré la terreur qui constitue une monstruosité, caractérisée par une logique de délation et d'élimination.

L'article 8 de la DDHC confère au droit pénal le rôle de défendre la société en prévoyant de réprimer les comportements qui nuisent aux règles de vie sociale. Il prévoit dans le même temps que la peine doit être proportionnée à l'infraction commise à l'encontre de la société. La Constitution de 1791 a établi un Code pénal issu des principes de la DDHC. Ce Code qui classait les peines en fonction des comportements, était doté d'une tarification des peines très précise. Ces peines définies liaient presque totalement le juge. Ce principe d'égalité des peines était aussi à la base du Code Napoléon de 1810 jusqu'à la réforme Badinter, traduite dans le nouveau Code pénal en 1994. Le droit pénal a évolué vers une individualisation des peines laissant, jusqu'à une période récente, une grande marge d'appréciation aux juges. La réforme Badinter ne contenait plus de peine plancher mais une peine maximum pour chaque type d'infraction, le juge tenant compte désormais des circonstances et des mobiles. Jusqu'à l'instauration récente des peines plancher, on considérait l'individualisation de la peine en fonctions des « qualités » du délinquant.

La protection des libertés individuelles est fortement limitée par des objectifs de contrôle social. Ce contrôle social informel était exercé traditionnellement par les groupes primaires tels que la famille. Il s'est progressivement effacé au profit de réponses institutionnelles coercitives. Le contrôle social a pour vocation d'intégrer les individus pour permettre la cohésion du corps social. Cependant lorsque l'intériorisation des normes par l'individu est défaillante, c'est l'oppression et la stigmatisation qui prend généralement le relais. Ce contrôle s'exerce de manière privilégiée par la restriction progressive des libertés individuelles, essentiellement par le biais des lois pénales. Ainsi, la peine physique et morale vise à corriger les comportements répréhensibles se révélant non conformes à la norme. Le contrôle social sert essentiellement les normes et valeurs des groupes sociaux dominants. Le corps social est

---

215 Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. JORF du 7 janvier 1978 page 227.

216 Rapport sur la prévention de la délinquance de Jacques Alain BÉNISTI, député du Val de Marne remis à Dominique de VILLEPIN, Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, octobre 2004.

217 *Trouble des conduites chez l'enfant et l'adolescent*, INSERM, 2005.

218 Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels. JORF n°159 du 11 juillet 2000, page 10484, texte n° 7.

219 Art 121-3 du Code pénal.

alors tenu de se conformer à ces normes dominantes. Ce contrôle connaît une application variable en fonction des différents groupes d'appartenance des individus. Les malades mentaux constituent, de ce point de vue, une cible privilégiée du contrôle social. Cela se traduit par des dispositifs concrets et opérationnels de contrôle, tels que les soins sans consentement ou les soins pénalement obligés. Cela s'accompagne en conséquence d'une stigmatisation persistante, voire croissante à leur égard.

## §2. La liberté d'aller et venir.

Les conventions internationales accordent à la liberté d'aller et venir une conception plus large qu'un simple élément de la liberté individuelle. Sur le plan international, la liberté d'aller et venir est envisagée d'abord comme autonome mais aussi comme condition nécessaire et préalable à l'existence des autres libertés. La liberté individuelle est citée une seule fois à l'article 66 de la Constitution sans être définie. Cependant, la suite de l'article 66 fait référence à la détention ce qui peut être interprété comme une protection particulière de la liberté d'aller et venir par le juge. Cette rédaction de l'article 66 s'est avérée longtemps problématique car elle renvoyait indifféremment au juge judiciaire ou au juge administratif. Cette difficulté a été en partie atténuée en droit administratif, grâce à la procédure de référé-liberté. L'article 5 de la Convention européenne dispose que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Il est important de souligner que la Convention retient comme détention toute privation de la liberté d'aller et venir, et pas seulement l'emprisonnement. C'est le Conseil constitutionnel qui par la suite a inclus la protection de la vie privée dans le périmètre des libertés individuelles.

Les soins psychiatriques sans consentement imposent de concilier sur le plan juridique trois impératifs constitutionnels. Il s'agit de la protection de la santé de la personne, de la sauvegarde de ses libertés individuelles et du maintien de l'ordre public. Une fois ces principes posés, il reste à déterminer un équilibre nécessaire entre eux. C. Novakovic<sup>220</sup> considère que « en l'espèce, le Gouvernement [...] a figé le curseur sur le dernier objectif constitutionnel [...] à savoir la priorité absolue à l'ordre public ». Pour préserver les équilibres, le Conseil constitutionnel rappelle systématiquement l'existence d'une « réserve de loi » en matière de santé publique<sup>221</sup>. Cette réserve permet exclusivement au législateur de concilier les conflits entre des droits fondamentaux contradictoires. Dans la mesure où des droits sont hiérarchiquement équivalents, l'un des droits en question, ou les deux, se trouveront en effet limités. Cet arbitrage revient souvent au juge constitutionnel qui statue sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit. Les sages considèrent que le droit à la protection de la santé est garanti par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Ils soulignent dans le même temps, que l'article 34 de la Constitution assigne au législateur d'en fixer les règles. Ces dernières doivent garantir l'exercice des libertés publiques. Pour le juge constitutionnel, le législateur est compétent pour adopter des dispositions nouvelles qu'il considère nécessaires. Il peut donc modifier ou abroger des textes antérieurs s'il ne prive pas de garanties légales des exigences prévues par la Constitution. C'est dans cette logique que le Conseil constitutionnel a prévu le contrôle du juge des libertés sur les internements psychiatriques tout en maintenant des conditions particulières liées à la spécificité des troubles mentaux. Cet aspect juridique est très important dans le domaine qui nous préoccupe en présence de troubles mentaux. Précisément, c'est la liberté d'aller et venir qui est essentiellement concernée en matière de soins psychiatriques. Il s'agit alors d'apprécier le degré de contrainte permettant de qualifier la restriction ou la privation de liberté. Ce sont les trois principes relatifs à l'objet, la durée et aux effets de la mesure, dégagés par le Conseil constitutionnel, qui permettront d'apprécier la situation concrète du patient au regard de sa liberté d'aller et venir. Ces trois critères vont être appréciés successivement, de manière individuelle ou combinée. En tout état de cause, toute restriction de liberté, y compris dans le cadre de soins libre, doit être appréciée en fonction des circonstances, c'est à dire médicalement justifiée, limitée dans le temps et réévaluée en fonction de l'évolution de l'état de santé du patient.

---

220 NOVAKOVIC. C, « Quand la folie sécuritaire du gouvernement porte atteinte à la santé des malades », 20 juin 2011, *nouvelobs.com*  
221 CC, décision n° 2011-174 QPC, considérant. 5 ; décision n°2011-202 QPC, considérant. 9.

La limitation de la liberté d'aller et venir en établissement de soins psychiatriques doit être encadrée conformément à l'article L.3211-3 du CSP. Selon le texte relatif aux soins sans consentement, « les restrictions à l'exercice (des) libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à (l') état mental et à la mise en œuvre du traitement requis ». En termes de nécessité et de proportionnalité, A-M. Leyreloup et E. Digonnet soulignent que la loi de 1990 n'a pas créé de lien direct entre l'hospitalisation psychiatrique et la nécessité de service fermé. Elle n'en crée pas plus qu'entre hospitalisation forcée et fermeture du service de soins<sup>222</sup>. C'est la circulaire « Veil » de 1993 qui opère seule une distinction entre les personnes hospitalisées librement et celles admises sans leur consentement<sup>223</sup>. Comme l'indique l'article L.3211-2 du CSP, une personne faisant l'objet de soins psychiatriques avec son consentement pour des troubles mentaux est dite en soins psychiatriques libres. Elle dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades soignés pour une autre cause. La circulaire Veil prévoit toutefois une réserve et précise que les règlements intérieurs peuvent prévoir des modalités particulières de fonctionnement. Cependant ces modalités, dont le malade doit être informé, ne sauraient remettre en cause le principe général de liberté. La circulaire Veil admet, mais seulement en cas d'urgence, qu'il soit possible d'isoler un malade pour des raisons tenant à sa sécurité, à la résolution de la situation d'urgence ou à la transformation de son régime d'hospitalisation en hospitalisation sous contrainte. De fait, cette limite encadrée introduite par la circulaire, complétée par l'obligation renforcée de surveillance dictée par la jurisprudence, permet que la liberté de circulation du patient puisse être limitée.

### §3. La protection de l'intimité de la vie privée et du domicile.

La protection de l'intimité de la vie privée est l'autre composante essentielle de la liberté individuelle qui nous intéresse. Ce principe est consacré par l'article 8 de la Convention européenne disposant que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, mais également de son domicile et de sa correspondance. Le texte énonce cependant des limites. Il peut y avoir une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit, seulement si cette ingérence est prévue par la loi. Elle doit de plus constituer une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales. Cette protection fait également l'objet d'une consécration par la jurisprudence de la CEDH<sup>224</sup> et en particulier grâce à la décision *Société Colas-Est c. France*. Cette protection, également érigée en principe fondamental par le Conseil constitutionnel, se décline dans notre droit interne à l'article 9 du Code civil. Ainsi, chacun a droit au respect de sa vie privée et à ce titre, les juges peuvent prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée. Nous verrons également que les juges de Strasbourg ont régulièrement recours à l'article 8 de la Convention, lorsqu'ils examinent des affaires concernant la protection juridique des majeurs.

La protection de l'intimité de la vie privée, contre des investigations et des divulgations intempestives illégales, est assurée par les jurisprudences constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel a intégré dans sa jurisprudence la notion de « secret » qui découle de la notion d'intimité. En France, la sauvegarde de l'ordre public est un objectif de valeur constitutionnelle. A ce titre, il peut justifier des atteintes au respect de la vie privée, mais cela nécessite des garanties procédurales et en particulier le contrôle du juge. Le principe d'inviolabilité du domicile est, quant à lui, antérieur à la reconnaissance explicite de la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée. Le Conseil constitutionnel a retenu l'inviolabilité du domicile comme une exigence associée à la liberté individuelle dont bénéficie toute personne habitant sur le territoire de la République<sup>225</sup>. Sa remise en cause nécessite l'intervention impérative de l'autorité

---

222 LEYRELOUP. A-M et DIGONNET. E, « La liberté de circulation : portes ouvertes, portes fermées ? », conférence de consensus sur la liberté d'aller et venir tenue en 2005, [www.serpsy.org](http://www.serpsy.org)

223 Circulaire DGS/SP 3 n° 48 du 19 juillet 1993 portant sur le rappel des principes relatifs à l'accueil et aux modalités de séjours des malades hospitalisés pour troubles mentaux.

224 CEDH, 21 avril 2002, Req n° 37971/97, Affaire *Société Colas-Est c. France*.

225 CC, décision du 29 décembre 1983, n° 83-164 DC, cons 30.

judiciaire<sup>226</sup>. Il en résulte que les intrusions au domicile doivent être expressément prévues par la loi. En droit interne, il s'agit des perquisitions effectuées par le juge d'instruction, ou par un officier de police judiciaire, en cas de crime ou délit, en présence de la personne. De plus, elles ne peuvent avoir lieu de nuit. Le Conseil constitutionnel<sup>227</sup> a rappelé une première fois à propos des agents des impôts que « la visite d'un lieu servant exclusivement à l'habitation doit faire l'objet d'une autorisation spéciale du juge ». Dans un deuxième temps<sup>228</sup>, il a précisé qu'il incombe au législateur, de placer sous le contrôle du juge, une mesure affectant la liberté individuelle, conformément à l'article 66 de la Constitution. La protection de cette liberté impose l'intervention de l'autorité judiciaire, lorsque l'inviolabilité du domicile d'une personne habitant le territoire de la République, peut être mise en cause. Aujourd'hui, l'inviolabilité du domicile est étroitement liée à la protection de la vie privée, elle-même liberté constitutionnellement garantie<sup>229</sup>. La détermination de la notion de domicile repose sur la définition donnée par l'article 102 du Code civil. Il s'agit du domicile de tout Français, se trouvant au lieu où il a son principal établissement, quant à l'exercice de ses droits civils. Selon la Cour de cassation<sup>230</sup>, il faut considérer le domicile au sens de l'article 102 du Code civil comme le lieu où, une personne y habitant ou pas, quelle que soit sa nationalité, a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux. La doctrine considère enfin le domicile comme l'espace minimal dans lequel toute personne doit être libre. Cet espace protège l'intimité, la sûreté et la propriété, ce qui lui vaut à la fois un caractère d'inviolabilité et une protection particulière. Ces mesures de protection sont particulièrement renforcées puisqu'elles peuvent être ordonnées en référé en cas d'urgence. Le Conseil constitutionnel<sup>231</sup> considère également le respect de l'inviolabilité du domicile comme un principe fondamental. Il souligne que l'article 66 de la Constitution confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects et notamment celui de l'inviolabilité du domicile. Bien sûr, le principe de l'inviolabilité du domicile ne peut être admis sans exception. L'autorité doit toujours pouvoir pénétrer le domicile lorsque l'intérêt public et les nécessités de la justice l'exigent. Dans ces cas, il n'y a violation de domicile que si le fonctionnaire s'est introduit dans une demeure hors les cas prévus par la loi, et sans les formes qu'elle a prescrites. Il s'agit alors d'une infraction prévue à l'article 226-4 du Code pénal disposant que l'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, est puni d'emprisonnement et d'amende. Ce motif légitime constitue un fait justificatif précis, mais ces exceptions au principe de l'inviolabilité du domicile doivent être limitées et bien déterminées par la loi. C'est en particulier le cas du droit de perquisition qui est normalement réservé aux magistrats seulement. Le Code pénal considère enfin l'atteinte au domicile comme une atteinte aux personnes et non comme une atteinte aux biens. Cette classification vient signer l'affirmation d'une protection particulièrement renforcée. Ces textes exceptionnels qui permettent l'intrusion dans la vie privée sont d'ailleurs interprétés de manière très restrictive par le juge. En résumé, la liberté individuelle ne se limite donc pas à la seule entrave portée à la liberté de circulation. La violation du domicile constitue aussi une atteinte à la liberté individuelle particulièrement grave pour laquelle la compétence de l'autorité judiciaire s'impose.

Le professeur F. Vialla a rappelé que la libre sexualité des malades mentaux, y compris en soins sans consentement, constitue également une liberté individuelle protégée dans le cadre de la protection de la vie privée<sup>232</sup>. La Cour administrative d'appel de Bordeaux<sup>233</sup> s'est appuyée sur l'article 8 de la Convention européenne pour sanctionner une interdiction générale des relations sexuelles figurant dans le règlement intérieur d'un établissement psychiatrique. A ce propos, la CEDH a affirmé dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* en 1981, que « le droit, pour chacun, de mener la vie sexuelle de son choix, en conformité avec son identité profonde, était garanti par l'article 8<sup>234</sup> ». Elle a réaffirmé en 2005

---

226 CC, décision du 27 décembre 1990, n° 90-281 DC, cons 8.

227 CC, décision du 29 décembre 1983, n°83-164 DC, Loi de finances pour 1984, cons 24.

228 CC, décision du 27 décembre 1990, n°90-281 DC, Loi sur la réglementation des télécommunications, cons 8.

229 CC, décision du 2 mars 2004, n°2004-492 DC.

230 Cass, ch. Crim, 4 janvier 1977, n°76-91.105, Bull Crim n° 6.

231 CC, décision du 29 décembre 1983, n°83-164.

232 VIALLA F, *Hospitalisation sans consentement : illégalité de l'interdiction des relations sexuelles*, Recueil Dalloz. 2013. p. 312.

233 CAA de Bordeaux, 6 novembre 2012, n°11BX01790, Inédit au recueil Lebon.

234 CEDH, 22 octobre 1981, Req n° 7525/76, affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*.

dans l'affaire *K.A. ET A.D. c. Belgique* que « L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, [...]. Ce droit implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur, en ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère privée et est à ce titre protégé par cette disposition<sup>235</sup> ». La Cour administrative d'appel de Bordeaux, en s'appuyant sur cette jurisprudence européenne, a sanctionné en l'occurrence l'interdiction de relations sexuelles imposée à l'ensemble des patients en soins sans consentement, considérée comme une sujétion excessive au regard des stipulations de l'article 8 de la Convention. Cette décision inédite a ouvert le champ à une réflexion nécessaire sur un sujet largement tabou jusqu'à présent. En effet, le respect de cette liberté devra être concilié avec la prévention d'éventuels abus sur des patients au profil vulnérable. Cette jurisprudence doit enfin être examinée en lien avec le statut juridique de la chambre d'hôpital. En effet, dans un arrêt célèbre de la Cour d'appel de Paris du 17 mars 1986<sup>236</sup>, les juges ont précisé que la « chambre d'hôpital occupée par un malade constitue pour lui au sens de l'article 226-4 du code pénal, un domicile protégé en tant que tel par la loi, qu'il occupe à titre temporaire mais certain et privatif et où, à partir du moment où cette chambre lui est affectée, il a le droit, sous la seule réserve des nécessités du service, de se dire chez lui et notamment d'être défendu de la curiosité publique ». Le caractère privatif affirmé à cette occasion concernait l'intrusion de photographes de presse. Les juges d'appel ont bien précisé que ce caractère privatif trouvait ses limites dans les nécessités de service. On ne saurait pour autant en déduire un droit à une vie conjugale dans une chambre d'hôpital. Le Conseil de l'Europe a établi en 1992 une typologie des actes de maltraitance au nombre desquels figurent les violences sexuelles. C'est en conformité avec ce raisonnement que le règlement intérieur de l'établissement annulé par la Cour administrative d'appel de Bordeaux prévoyait à propos de l'utilisation des chambres, qu'il s'agissait d'« un lieu de soins où l'intimité, la sécurité et la tranquillité du patient hospitalisé doivent être assurées ». C'est à ce titre que les relations de nature sexuelle n'étaient pas autorisées dans l'établissement. Cette interdiction s'imposait dans la mesure où les patients d'un établissement psychiatrique sont vulnérables et nécessitent d'être protégés. Dans l'affaire *X & Y/ Pays-Bas*<sup>237</sup>, la CEDH a estimé que la vie privée est un concept recouvrant l'intégrité physique et morale ainsi que la vie sexuelle. En l'occurrence, l'impossibilité pour une handicapée mentale de seize ans, ayant subi des violences sexuelles, de poursuivre la personne auteur de ces atteintes, fut analysée au regard de l'article 8 de la Convention. La Cour a également retenu l'article 3 de la Convention estimant qu'elle avait subi des traitements inhumains et dégradants. Ainsi, selon les juges de Strasbourg l'atteinte sexuelle contre une personne constitue une ingérence dans la vie privée de cette dernière. Selon la Cour, « l'applicabilité de l'article 8 n'a pas prêté à controverse : les faits à l'origine de la requête relèvent de la vie privée, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle ». La CEDH opère un raisonnement cohérent en retenant également les violences sexuelles comme des atteintes à la vie privée. Pour protéger les relations sexuelles au titre de l'intimité de la vie privée, cela sous-entend qu'elles ne peuvent être que librement consenties. Effectivement, en droit interne le Code pénal prévoit précisément les situations d'atteintes sexuelles sur des personnes vulnérables. L'article 222-22 définit une agression sexuelle comme « toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ». Se pose alors la question, pour le malade mental, de résister à la contrainte et à la menace. Selon l'article 222-23, le viol est puni de réclusion criminelle. Il est défini comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise ». Le viol est donc constitué dès qu'une pénétration sexuelle est imposée à une personne non consentante. L'article 222-24 prévoit également la réclusion criminelle lorsque le viol est commis sur une personne « dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique [...] est apparente ou connue de l'auteur ». Hormis le viol qui est qualifié de crime, l'article 222-29 précise que les agressions sexuelles sont punies d'emprisonnement et d'amende lorsqu'elles sont imposées à « une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou

235 CEDH, 17 février 2005 (définitif 06/07/2005), Requêtes n° 42758/98 et 45558/99, affaire *K.A. ET A.D. c. Belgique*, paragraphe 83.

236 CA de Paris, 17 mars 1986, *Assistance publique de Paris / X. et autres*, dit arrêt « Chantal Nobel », Gaz. Pal. 3 juill. 1986, note J.-P.D.

237 CEDH, 26 mars 1985, Req n° 8978/80, affaire *X & Y c/ Pays-Bas*, paragraphe 22.

psychique [...] est apparente ou connue de son auteur ». Toute atteinte sexuelle sur une personne vulnérable, notamment en situation de maladie psychique, constitue donc une circonstance aggravante. L'article 223-6 dispose enfin que « quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni d'emprisonnement et d'amende. Le juge répressif peut donc sanctionner le patient auteur d'une atteinte sexuelle mais également les soignants qui ne seraient pas intervenus pour faire cesser un abus. Si le patient en question peut être éventuellement poursuivi, l'abolition de son discernement consécutive à ses troubles pourra être retenue. En revanche, les personnels soignants et l'institution seront confrontés à l'exigence d'initiative et d'intervention.

## **SECTION 2. LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION : ATTÉNUATION DES PRINCIPES GARANTS DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES.**

La place de l'homme dans la société et la façon d'envisager les risques de l'existence ont profondément modifié l'approche de l'intérêt thérapeutique du malade mental. M. Foucault<sup>238</sup> a développé le concept architectural de panoptique comme modèle abstrait d'une société disciplinaire totalitaire. Le panoptique est un type d'architecture carcérale dont le promoteur fut J. Bentham à la fin du XVIIIe siècle. Le principe consistait à permettre à un individu d'observer tous les prisonniers enfermés dans des cellules individuelles autour de la tour, sans que ceux-ci puissent savoir s'ils étaient observés. Ce dispositif était censé créer un sentiment d'« omniscience invisible », notamment un véritable contrôle permanent des actes et des pensées chez les détenus. Aujourd'hui, c'est une vision similaire de contrôle social basée sur un rejet de la fatalité qui se développe. Pour être acceptable, ce contrôle de plus en plus intrusif est présenté comme nécessaire et sans conséquence pour quiconque n'ayant rien à se reprocher. Ainsi, progressivement, nous évoluons des principes philosophiques et moraux issus des « lumières » vers une approche de plus en plus pragmatique de la réalité. Pour la santé mentale, cela se traduit par une forte résurgence de l'idéologie hygiéniste. Quant aux pouvoirs publics, ils n'anticipent plus mais se contentent le plus souvent d'accompagner les phénomènes émotionnels en poussant toujours plus loin les « feux » du contrôle social. Comme le remarque B. Lachaux, aujourd'hui, « le passage à l'acte législatif répond au passage à l'acte transgressif ».

### **§1. Sûreté personnelle et détention arbitraire.**

La liberté est inscrite en tête de la DDHC ainsi que de la devise républicaine. Elle se définit comme la faculté d'agir selon sa volonté, sans être entravé par le pouvoir d'autrui. Elle se caractérise par la capacité de déterminer soi-même ses propres choix. Elle se traduit enfin par l'absence de soumission, de servitude ou de contrainte, mais également par l'autonomie et la spontanéité des comportements humains volontaires. L'article 2 de la DDHC énumère ces libertés comme étant la liberté, la propriété, la sûreté et résistance à l'oppression. Nous avons déjà évoqué qu'une limitation de la liberté individuelle n'est admissible que sur une base légale. Le principe est donc la liberté, l'exception est la limite de la liberté mais à condition d'être inscrite dans la loi. Cette limite fixée par la loi ne figure explicitement qu'à l'article 10, relatif à la liberté religieuse et à l'article 11, relatif à la libre communication des idées.

Le maintien de l'ordre public est nécessaire pour l'exercice de ces mêmes libertés et dans certaines circonstances, les libertés peuvent être limitées pour sauvegarder l'ordre public. Ce pouvoir de limitation n'appartient qu'au législateur conformément à l'article 34 de la Constitution. Il lui appartient d'assurer la conciliation, à la fois entre la prévention des atteintes à l'ordre public, et l'exercice des libertés garanties par la Constitution. Il s'agit, pour notre sujet, des libertés individuelles telles que le respect de la vie privée et la liberté d'aller et venir qui protègent de la détention arbitraire. Il en résulte que les mesures de police administrative qui limitent l'exercice des libertés garanties par la Constitution doivent être justifiées par une menace réelle pour l'ordre public. Cette menace doit être précise et reposer sur des

---

238 FOUCAULT. M, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975.

circonstances particulières et caractérisant spécifiquement le risque de trouble à l'ordre public<sup>239</sup>. Ceci exclut toute mesure générale prise au titre d'un principe général de précaution qui serait normalement sanctionnée comme abusive. Si le droit à la sûreté personnelle consiste pour toute personne à être protégée de la détention arbitraire, ce concept est toutefois plus large que celui de l' « *habeas corpus* » britannique. En effet, il condamne toutes les formes d'arbitraire et de répression. La sûreté constitue donc la garantie de la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir de l'Etat. Il s'agit ici d'une condition nécessaire à la citoyenneté. Un individu ne peut exercer sa liberté d'action et d'expression, que s'il ne redoute pas différentes formes d'arbitraire de la part de l'Etat. C'est en principe l'autorité judiciaire qui garantit ce respect du droit à la sûreté personnelle. Ainsi, le juge doit contrôler systématiquement la légalité de toutes les restrictions ou privations de liberté, quelles qu'elles soient. L'internement psychiatrique administratif, qui nous intéresse, est pourtant resté longtemps contraire à ce principe fondamental.

La liberté d'aller et venir constitue une composante essentielle et fondamentale de la liberté individuelle. Elle est inhérente à la personne humaine et fait partie de ses fonctions vitales. Pouvoir se déplacer librement sans contraintes et sans autorisation de la puissance étatique constitue un fondement des sociétés démocratiques. La libre circulation des personnes est également un principe fondamental de la construction européenne. La liberté d'aller et venir est enfin un principe de valeur constitutionnelle. Il revient donc au législateur de déterminer cette liberté, et de la concilier avec d'autres droits de valeur équivalente. Le droit au respect de la vie privée bénéficie quant à lui d'une garantie conventionnelle et de garanties législatives prévues au Code civil et au Code pénal. S'il n'existe pas de définition juridique de la vie privée, on peut énumérer des éléments relevant de la vie privée. Il s'agit d'abord de l'intimité qui comporte l'identité sexuelle, l'état de santé ainsi que les relations personnelles et sociales. Le domicile est de même considéré comme un prolongement de la personne particulièrement protégé. La correspondance personnelle, sous toutes ses formes, constitue également un prolongement de la personne qui se trouve protégé comme tel. Nous verrons que ce droit a longtemps été ignoré en ce qui concerne les malades mentaux. La protection de la vie privée prévoit enfin la protection de l'image de la personne mais également de sa réputation et de son honneur.

En ce début de XXI<sup>e</sup> siècle dominé par la mondialisation néolibérale, les principes essentiels issus du siècle des lumières et constituant les bases de la démocratie sont remis en cause. C'est notamment le cas avec le principe de précaution qui est omniprésent et provoque l'émergence d'une forme de droit postmoderne<sup>240</sup>. Celui-ci vient encadrer désormais une société, dans laquelle est remis en cause en profondeur le rôle de l'Etat régulateur. Cela se traduit insidieusement par l'« éclatement » de la société, accompagné d'une montée en puissance de l'individualisme. On assiste, dans le même temps, au recul des structures traditionnelles de médiation tels que partis politiques, syndicats et associations, voire la religion. Cette société émergente, dont le fonctionnement s'accélère, est basée sur l'immédiateté. Elle s'appuie sur une culture du pragmatisme au service d'une supposée meilleure efficacité. Concrètement, cela expliquerait une mutation en cours du droit pénal, caractérisée par une inflation législative et la superposition de dispositifs juridiques contradictoires voire inapplicables.

La lutte contre le terrorisme semble amplifier ce phénomène, mais cette évolution peut également s'expliquer par un déséquilibre institutionnel inhérent à la Ve République. Le pouvoir exécutif est en effet renforcé au détriment du Parlement. C'est ce même pouvoir exécutif qui tend à détourner le droit pénal et d'en faire un moyen de communication politique, sous contrôle des réflexes émotionnels de l'opinion publique. Cette situation influence bien sur la production normative et modifie la place du droit pénal dans l'ordre social pour répondre au sentiment d'insécurité. L'émergence d'un droit pénal prédictif caractérise aussi cette rupture et cela se traduit par le succès des mesures de sûreté qui permettent le maintien en captivité après les peines d'emprisonnement. Au nom du principe de précaution, le

---

239 CC, décision du 05 août 1993, n° 93-323 DC.

240 « La réforme de la loi de 90 sera-t-elle postmoderne? » Syndicat des Psychiatres des Hôpitaux, 11 avril 2010.



dispositif législatif de sûreté établit que la peine serait dorénavant détachable de la punition et de la dette envers la société. Ce principe permet également d'aller progressivement vers une dissociation entre la culpabilité et l'imputabilité. Cette logique de détachement de la dangerosité et de la culpabilité permet le retour en force de la doctrine positiviste et du concept de l'homme dangereux. Le principe de précaution tel qu'il est défini dans la Charte de l'environnement pourrait donc être transposé. Sa formulation adaptée prévoirait que lorsque la réalisation d'un dommage, même incertaine, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'ordre public, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques, et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées, afin de parer à la réalisation du dommage.

La place des victimes est de plus en plus importante et l'on assiste là aussi à un changement de paradigme. La justice pénale serait rendue non plus « au nom du peuple français », mais au nom des victimes, dans une « espèce de confusion » entre logique de répression et logique de réparation. A ce propos, J-P. Mignard<sup>241</sup> porte un regard sévère sur l'évolution de nos sociétés et fait référence aux propos de B. Franklin, selon lequel « quiconque négocie la liberté pour la sécurité perd la liberté sans le bénéfice de la sécurité ». JP. Mignard rappelle également les propos de P. Rosanvallon lorsque ce dernier prévoyait que « ce que l'on ne pourra plus offrir en revenus ou en égalité, on le compensera par la demande de sécurité ». D'après Rosanvallon, l'idéologie sécuritaire est une idéologie de l'inquiétude adoptée comme modèle politique par les conservateurs néolibéraux. Il situe l'origine de cette évolution au premier choc pétrolier de 1973 et à la crise monétaire de Bretton-Woods. Les sociétés industrielles inquiètes des mouvements sociaux dans le monde, des flux migratoires, de la crise urbaine et de la délinquance auraient alors adopté une stratégie de guerre intérieure. Il considère que cette doctrine est contemporaine de la crise de l'Etat providence et du reflux de l'hégémonie occidentale dans le monde. Le principe d'égalité serait alors mis en concurrence avec une demande de sécurité, face à l'insécurité urbaine, aux risques technologiques majeurs ou au terrorisme. J-P. Mignard rappelle pourtant que le « sécuritarisme » ne fait pas disparaître l'insécurité mais qu'il se nourrit de lui-même et mine nos sociétés. La juriste M. Delmas-Marty<sup>242</sup> attribue l'origine de l'instauration de ces mesures sécuritaires dans les démocraties aux suites des attentats du 11 septembre 2001. Le profilage des suspects, les fichiers, la biométrie et en France la loi Dati relèvent de cette logique de précaution. C'est sur un diagnostic de dangerosité, impossible à démontrer, et au vu d'un pronostic de récurrence éventuelle, que l'on prononce finalement la mesure de sûreté privative de liberté. Ce raisonnement s'appuie sur la logique du principe de précaution introduit dans notre Constitution dans le domaine de l'environnement et traduit dans le droit interne par la loi Barnier<sup>243</sup>. Ce principe a été progressivement étendu au domaine de la santé notamment, mais également à celui de la sécurité. Pour ce qui nous préoccupe, ce principe se traduit par une recherche du « risque zéro » en matière de délinquance et de sécurité. Ceci exige des mesures de prévention très larges sous la forme de rétention, incarcération ou internement ainsi qu'un traitement rapide et efficace par la justice, autrement appelé « traitement en temps réel ». Selon E. Sire-Marin<sup>244</sup>, nous avons introduit dans notre droit pénal un « principe de précaution » qui mélange prévention des actes de délinquance et répression. Ce principe de précaution appliqué peut d'ailleurs être illustré par l'infraction très floue d'« association de malfaiteurs ». En effet, cette infraction prévue à l'article 450-1 du Code pénal, permet d'incarcérer préventivement une personne dont on suppose seulement, qu'elle s'apprête à commettre une infraction. Ici, la réalité retrouve la fiction incarnée par le film « Minority report » de S. Spielberg, dans lequel des policiers lisent les intentions et interpellent les présumés auteurs. Cette vision s'avère contraire au principe fondamental du droit pénal, selon lequel « des perquisitions, des gardes à vue, des mises en examen ne peuvent intervenir que lorsqu'il existe des indices graves ou concordants de la commission d'une infraction, constatés par un juge ». Si notre système pénal est toujours fondé sur le principe légaliste et en particulier sur le fait

---

241 « L'idéologie sécuritaire, venue des années 1970 », tribune par Jean-Pierre MIGNARD, Libération. 31 mars 2011.

242 DELMAS-MARTY. M, *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, éditions du Seuil, mars 2010.

243 Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement. JORF n°29 du 3 février 1995 page 1840.

244 DOUAT. R et SIRE-MARIN. E, « L'Etat de droit menacé », 1er janvier 2006, *Regards.fr*

qu'on ne peut juger et condamner quelqu'un que s'il existe des éléments matériels de preuve contre cette personne, la matérialité de la preuve pénale tend tout de même à disparaître. Ceci permet désormais à la police et à la justice de pouvoir intervenir avant la commission de l'infraction et non après la réunion des preuves.

Comme le souligne J. de Munck, professeur à l'université catholique de Louvain, la citoyenneté ne se réduit pas à l'exercice des droits civiques et à la participation au débat public. Elle s'apprécie au regard des droits et des devoirs de tout membre du corps social. Précisément, elle concerne l'intégration de l'individu et la qualité de son lien social. Selon la définition de Munck, la citoyenneté c'est la forme que prend l'intégration sociale dans un régime démocratique. Il est admis que la citoyenneté repose en grande partie sur la raison et la pleine capacité à user de ses facultés mentales. L'absence totale ou partielle des conditions qui précèdent devient donc problématique, car cette absence plus ou moins prononcée est effectivement un attribut des malades mentaux. R. Castel considère que passer de la prévention du danger à la surveillance des risques multiplie les possibilités d'intervention médico-sociale. En effet, le mythe du « risque zéro » permet l'émergence d'une multitude de nouveaux risques devenant l'objet de mesures préventives. La psychiatrie appréhende désormais le risque par une approche spéculative au regard de l'imprévisibilité de comportement du malade mental et du danger potentiel que représentent ses actes. La présence du malade mental dans la communauté est assimilée à un risque pour la sécurité de ses concitoyens et nécessite l'intervention de la puissance publique. La dangerosité supposée, qui est attribuée au patient malade mental, justifie donc une forme de nouvel interventionnisme médico-administratif. Ce constat a permis à M. Foucault de souligner que l'institution psychiatrique participe au contrôle social, en s'inscrivant dans une régulation déterministe. Foucault considère d'ailleurs que Pinel, loin de son image de « libérateur », a finalement été le précurseur d'une forme de contention plus subtile mais définitive.

## **§2. Extension du principe de précaution : l'exemple de la loi de rétention de sûreté de 2008.**

Le bloc de constitutionnalité englobe différentes dispositions relatives aux libertés publiques. C'est le Conseil constitutionnel qui consacre l'existence d'une source constitutionnelle permettant la remise en cause des lois qui y seraient contraires. En matière de libertés, la Constitution insiste sur la garantie constitutionnelle de l'existence du pouvoir judiciaire et affirme la compétence législative. Cependant, la Charte de l'environnement de 2004 introduit un nouveau principe de précaution mal régulé, qui est progressivement sorti du domaine de l'environnement auquel il était initialement destiné. Il s'agit de l'article 5 de la Charte et nous verrons que dans ce principe nouveau, c'est en particulier la définition du dommage et des mesures proportionnées éventuellement nécessaires qui pose problème.

Dans sa première version, la loi de prévention de la délinquance de 2007<sup>245</sup> associait comme auteurs de troubles de voisinages, les gens du voyage, les chiens méchants et les malades mentaux. Pour la psychiatrie, c'est dans ce contexte d'empilage législatif, basé sur les conceptions de dangerosité par prédiction et de rétention pour prévention, qu'une réforme de soins psychiatriques a été initiée. Cette tendance sécuritaire, s'appuyant sur des théories organicistes, s'est accompagnée d'un fort rejet de la psychanalyse. Cette remise en cause théorique a pris la forme de plusieurs offensives institutionnelles et médiatiques. L'amendement Accoyer, relatif à l'attribution du titre de psychothérapeute, et le « Livre noir » de la Psychanalyse<sup>246</sup> ou le rapport de l'INSERM, tendent à prouver la supériorité des thérapies comportementales sur les thérapies psychanalytiques. Ils sont représentatifs de cette tendance. Ces phénomènes conjugués démontrent que la liberté et démocratie sont toujours confrontées à l'abus de pouvoir sous différentes formes, au nom de l'ordre public.

Aujourd'hui le pouvoir politique paraît avoir identifié l'« homme dangereux » comme un ennemi intérieur qu'il faut repérer et neutraliser. Pour cela, il n'est plus nécessaire d'avoir un juge indépendant gardien

---

245 Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance. JORF n°56 du 7 mars 2007 page 4297. texte n° 1.

246 MEYER. C, Le livre noir de la psychanalyse, éditions Les Arènes, avril 2010.

des libertés, mais d'un « maillon » participant à la chaîne de l'exclusion. La quête sans fin du « risque zéro », ignorant que la vie elle-même constitue un risque permanent, ne peut qu'éloigner la garantie des libertés. Actuellement cela se traduit en France par des remises en cause régulières des principes de base qui régissent en particulier notre droit pénal : principe légaliste, présomption d'innocence, non-rétroactivité d'une loi plus dure. Enfin, ce mythe de la sécurité absolue s'appuie sur des phénomènes de criminalité certes réels, mais amplifiés et instrumentalisés dans un contexte émotionnel savamment entretenu.

Plus récemment, la vision de plus en plus défensive de la société s'est concrétisée notamment par la loi relative à la rétention de sûreté de 2008<sup>247</sup>. Ce texte rompt le lien de causalité entre une infraction et la privation de liberté. La personne ayant purgé sa peine n'est plus condamnée en raison de l'infraction, mais elle reste considérée comme l'auteur virtuel d'une infraction possible. La sanction prévue sera alors prononcée sur la base de « la particulière dangerosité du condamné ». Il s'agit pourtant d'un qualificatif flou, lié à la personnalité de l'individu et sans aucun rapport avec un élément matériel. Cette mesure restrictive de liberté, que constitue la rétention de sûreté et qui prévoit un enfermement, répond à la définition d'une sanction. L'esprit de ce texte remet en cause les principes fondamentaux du droit pénal tel qu'issus de la Révolution. Hormis la rétroactivité qu'il a censurée, le Conseil constitutionnel<sup>248</sup> a considéré que le dispositif législatif n'encourait aucune critique. Les sages ont arrêté une position ambiguë dans un premier temps, en ne considérant pas la rétention de sûreté comme une peine. Selon leur décision, la rétention de sûreté, n'est pas prononcée par la juridiction de jugement et n'a pas une finalité répressive. Elle ne réunit aucun des deux critères de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la définition de la peine. Dans un deuxième temps, le juge constitutionnel a pourtant appliqué le principe de non-rétroactivité, comme il le fait pour les peines. Le juge constitutionnel énonce que la rétention de sûreté est durablement privative de liberté. Son caractère renouvelable sans limite, et le fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi, ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date, pour des faits commis antérieurement. Compte tenu de ces éléments qui la rapprochent de la loi pénale, elle ne peut être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi. De même, elle ne peut être appliquée aux personnes faisant l'objet d'une condamnation postérieure à son entrée en vigueur, pour des faits commis antérieurement<sup>249</sup>. L'influence des conditions politiques et médiatiques particulières entourant ce texte a semble-t-il été déterminante dans la décision des sages. Cependant, il est probable que la CEDH sanctionne un jour la rétention de sûreté comme elle l'a fait pour l'Allemagne. En accord avec les articles 9 de la DDHC et 66 de la Constitution, la rétention de sûreté n'est pas une mesure répressive. Elle doit cependant respecter le principe exigeant que la liberté individuelle ne soit pas entravée par une rigueur excessive. Pour les sages, puisque la rétention constitue une privation totale de liberté, son application doit donc être nécessaire et proportionnée en cas de trouble de la personnalité. Ce trouble doit, de plus, présenter une particulière dangerosité avec un risque de récidive très élevé. Ainsi, il appartiendra à la juridiction de la rétention de sûreté de vérifier que, pendant l'exécution de sa peine, la personne condamnée a pu bénéficier de la prise en charge et des soins adaptés<sup>250</sup>. Il apparaît donc qu'une décision privative de liberté ne peut reposer sur une motivation hypothétique, simplement afin d'éviter un risque lui aussi hypothétique. Ce constat fragilisait à l'évidence la loi Dati dont la finalité était avant tout de lutter contre la récidive.

Pour R. Badinter, la question posée pour statuer dans la rétention de sûreté est celle de la probabilité très élevée de récidive, en raison de troubles graves de la personnalité. C'est cette question qui sera posée au psychiatre. Il attire à ce propos l'attention des psychiatres sur leur responsabilité<sup>251</sup>. Le Dr F. Caroli s'est également demandé si les psychiatres seraient en mesure de résister à cette pression. Il a

---

247 Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. JORF n°0048 du 26 février 2008 page 3266 texte n° 1.

248 Conseil constitutionnel, Communiqué de presse - 2008-562 DC.

249 CC, 21 février 2008, n° 2008-562, cons 10.

250 CC, 21 févr. 2008: n°2008-562 DC M § 21 ; CEDH, 11 mai 2004, Req n° 48865/99, affaire *Morsink c/ Pays-Bas*: § 67 s.

251 MAUDUIT. H, « Débat sur la judiciarisation raisonnable de la psychiatrie », (APM), 20 décembre 2010.

estimé que le psychiatre ne devait jamais être auxiliaire de justice, sauf à éclairer les juges. J-L. Senon<sup>252</sup> considérait pour sa part la nécessité d'un support à la rétention relevant du droit pénal qui permette de mettre en place une « structure relevant de l'administration pénitentiaire et liée par convention avec la santé pour l'intervention d'une équipe multidisciplinaire et transversale ayant une mission expérimentale ». Cette exigence de transversalité et d'expérimentation paraissait essentielle.

Lors de l'exposé des motifs de la loi<sup>253</sup>, R. Dati a développé trois objectifs. Selon la ministre, le texte affirmait la volonté d'assurer la prise en charge de personnes condamnées pour des crimes commis contre les mineurs, en particulier de nature sexuelle, et qui restaient particulièrement dangereuses à leur libération. Ce texte instaurait pour les cas les plus graves, une mesure de rétention de sûreté dans un centre socio-médico-judiciaire. L'autre objectif de la loi était de rendre plus cohérent, plus efficace et plus transparent le traitement par l'autorité judiciaire des auteurs d'infractions déclarés pénalement irresponsables en raison d'un trouble mental. Ce texte devait renforcer l'efficacité du dispositif d'injonction de soins. La loi de rétention de sûreté contenait des dispositions contestées dans le cadre de la prévention de la délinquance. C'est le cas de l'instauration à l'intention des travailleurs sociaux, du secret partagé se substituant au secret professionnel. Ces dispositions insidieuses étaient tout à fait caractéristiques de l'idéologie actuelle de contrôle social. Le Conseil constitutionnel l'ayant censurée partiellement en excluant qu'elle puisse s'appliquer aux peines en cours, le Président Sarkozy a saisi V. Lamanda, premier Président de la Cour de cassation. Ce dernier fut chargé de formuler une proposition rendant l'application de la loi de rétention de sûreté immédiate. Le haut magistrat a réaffirmé dans ses conclusions que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposaient à toutes les juridictions, y compris la Cour de cassation, opposant ainsi une fin de non recevoir au Président. R. Dati a justifié ce texte devant les parlementaires<sup>254</sup> en déclarant que « la rétention de sûreté, c'est la sûreté de tous au prix de la liberté de quelques uns ». Dans le même état d'esprit, N. Morano<sup>255</sup> a préconisé la création d'une commission parlementaire chargée d'envisager des exceptions pour lesquelles la loi deviendrait rétroactive. Elle envisageait une révision constitutionnelle visant en particulier l'article 8 de la DDHC. Le garde des sceaux, P. Clément, proposa enfin aux parlementaires, pour enfreindre le principe de non-rétroactivité, de « ne pas saisir le Conseil constitutionnel ». P. Mazeaud est alors intervenu pour rappeler que dans un Etat de droit « le respect de la Constitution est non un risque mais un devoir ». Cette hypothèse de transformation du droit choquante et irréaliste ne connut en fait pas de suite. Rappelons pour mémoire, que le dernier épisode de notre histoire remettant en cause le principe de non-rétroactivité des lois pénales, remonte au régime de Vichy. Dans la production législative récente, la loi Dati occupe une place essentielle. Elle constitue un exemple majeur de la transposition des logiques relevant du principe de précaution appliquées à l'ordre public. Elle signe un changement de paradigme majeur. Comme la déclarait R. Badinter en commission sénatoriale, « quand la justice de sûreté remplace la justice de liberté, elle devient une justice psychiatrique [...] L'homme dangereux va remplacer l'homme coupable devant notre justice ».

L'évaluation de la dangerosité peut être lourde de conséquences sur le plan clinique pour le patient, mais aussi pour les équipes de soins et enfin sur le plan médico-légal. Selon l'école québécoise<sup>256</sup> « l'évaluation de la dangerosité implique un regard longitudinal et qualitatif sur le risque de violence ». Il s'agit en effet d'un processus complexe qui doit tenir compte de l'ensemble des éléments d'information. Le jugement clinique doit être pondéré car les facteurs de risque et facteurs de protection doivent être considérés de même. Pour F. Millaud et J.L. Dubreucq, les mêmes facteurs peuvent jouer dans un sens ou dans l'autre. De plus, certains patients peuvent cumuler plusieurs facteurs de risque, mais d'intensité

---

252 SENON. J-L et MANZANERA. C, *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications, à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté*. AJ Pénal, N° 4/2008 - Avril 2008.

253 Exposé des motifs, projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, n°442, 3 décembre 2007.

254 « Dix ans de recul des libertés au nom de la sécurité », 21 décembre 2009, *nouvelobs.com*

255 LAURENT. S, « La loi sur la rétention de sûreté promulguée », 26 février 2008, *lefigaro.fr avec AFP*.

256 MILLAUD. F et DUBREUCQ. JL, *Évaluation de la dangerosité du malade mental psychotique*. Annales Médico-Psychologiques 163 (2005), 846-851, *france.elsevier.com*

minime, et donc présenter une dangerosité tolérable à l'extérieur de l'hôpital. Dans le même temps, certains patients peuvent présenter un seul facteur de risque, mais de forte intensité avec une dangerosité élevée nécessitant l'hospitalisation. L'évaluation de la dangerosité ne peut donc être qu'exhaustive, collégiale et multidisciplinaire. Seule cette approche multi-factorielle permet d'éviter que l'arbitraire, qui est inhérent au principe de précaution, l'emporte sur le nécessaire respect des libertés individuelles.

L'évaluation de la dangerosité et du risque de récurrence prend une place majeure dans le débat public actuel, alors que les recherches indiquent les difficultés de prédictibilité. On distingue la dangerosité psychiatrique et la dangerosité criminologique. La dangerosité psychiatrique correspond à l'évaluation du risque de dangerosité et de récurrence dans l'évolution clinique d'une pathologie identifiée chez un sujet. Cette évaluation prend en compte essentiellement l'observance thérapeutique. Cependant, il faut éviter l'amalgame entre risque de rechute d'une pathologie psychiatrique et risque de récurrence de l'acte délictueux. La dangerosité psychiatrique peut se définir comme un risque de passage à l'acte lié à un trouble mental, c'est à dire au mécanisme et à la thématique de l'activité délirante. D'autre part, il peut s'agir également d'une manifestation de symptômes liés la maladie mentale. *A contrario*, la dangerosité criminologique prend en compte les facteurs environnementaux et conjoncturels qui favorisent le passage à l'acte. La dangerosité criminologique correspond à la probabilité qu'un individu commette ou réitère une infraction contre les personnes ou les biens<sup>257</sup>. En l'état des statistiques, les chiffres ne permettent pas d'établir un taux de récurrence ou de réitération applicable aux condamnés à une injonction de soins. S'il existe des outils permettant d'apprécier une possibilité de récurrence, il n'y a pas de consensus sur leur utilisation. Ces instruments s'appuient sur deux logiques. Les uns donnent une probabilité quantitative statistique du risque à un moment donné et dans un contexte spécifique. Les autres s'appuient sur la clinique et le contexte individuel. Comme aucune de ces approches n'a de valeur prédictive fiable, l'évaluation de la dangerosité et de la récurrence peut être nécessaire, mais pas suffisante. Pour une meilleure approche des risques de récurrence, V. Lamanda<sup>258</sup> a préconisé de promouvoir la recherche et l'enseignement en criminologie. Il propose de confier à un conseil scientifique national la définition des orientations et priorités de la recherche criminologique, la coordination des différentes études et la valorisation de leurs résultats. Il suggère enfin de favoriser l'enseignement universitaire approprié à l'acquisition de la qualification de criminologue clinicien. Il propose enfin de compléter les formations tant initiales que continues de certains professionnels en criminologie clinique. D. Zagury<sup>259</sup> rappelle par ailleurs que la dangerosité est une notion prospective, statistique, probabiliste dont la certitude est exclue. Si le psychiatre a sa place dans l'évaluation de la dangerosité, il n'en a pas l'exclusivité. Pour lui, ce qui pousse le délinquant sexuel à la récurrence n'est généralement pas une pulsion mais un sentiment d'isolement et d'abandon. De ce point de vue, l'expert considère que la rencontre avec l'agent de probation et d'insertion ou le travailleur social est tout aussi utile que le soutien thérapeutique. Le rôle du pouvoir politique est de contribuer à instaurer et crédibiliser une suite d'interventions rationnelles en accréditant l'efficacité de la libération conditionnelle et de l'encadrement par rapport à la récurrence. Cela implique de renoncer à l'utilisation de ces drames humains à des fins politiques et électoralistes, qui aboutit à une stigmatisation démagogique et contre-productive. D. Zagury tenait ces propos en 2010 et les a repris en 2011 lors du drame du Chambon sur Lignon<sup>260</sup>. Selon lui, « A chaque drame, le discours des faux-savants et des chevaliers de l'après-coup qui laissent entendre qu'ils auraient tiré la sonnette d'alarme si on leur avait confié l'expertise donne l'illusion qu'on peut disposer d'une traçabilité du mal ». L'idée simpliste de détecter précocement les sujets susceptibles de passages à l'acte est « plus incantatoire qu'efficace ».

---

257 GRAVIER. B, *Rapport de la commission d'audition publique sur l'expertise pénale psychiatrique*. Ministère de la Santé et des Solidarités, Paris, janvier 2007.

258 Rapport à M le Président de la République par Vincent Lamanda, Premier président de la Cour de cassation : « Amoinrir les risques de récurrence criminelle des condamnés dangereux », 30 mai 2008.

259 JOLLY. P, « Le psychiatre Daniel Zagury dénonce la stigmatisation démagogique de la récurrence », 10 décembre 2010, *lemonde.fr*

260 JOLLY. P, « L'idée que l'on peut conjurer la récurrence est une illusion. Daniel Zagury, psychiatre à l'hôpital de Ville-Evrard (Seine-Saint-Denis) et expert auprès de la cour d'appel de Paris, dénonce la stigmatisation des professionnels du monde judiciaire, médical et éducatif », 21 novembre 2011, *lemonde.fr*

Alors que la loi de rétention de sûreté devrait entrer en application en 2023, à l'initiative de C. Taubira, nouvelle Garde des sceaux, le ministère de la Justice a installé le 18 septembre 2012 une « conférence de consensus » à propos de la rétention de sûreté. Un ensemble d'experts, de professionnels et de représentants politiques a élu un jury chargé d'établir une synthèse sur la question de la dangerosité et de la récidive. C'est à partir de ce travail que le Gouvernement décidera de sa politique vis-à-vis des criminels les plus dangereux, et notamment de l'avenir du centre de rétention de sûreté de Fresnes. En rupture avec les politiques précédentes, cette réflexion rentre dans une redéfinition plus globale du sens de la peine et en particulier de l'incarcération. C. Taubira a d'ailleurs annoncé à ce propos que les efforts en terme de moyens porteraient notamment sur les services d'insertion et de probation. Pour sa part, A. Vallini<sup>261</sup> avait précédemment déclaré qu' « Il faudrait substituer [à la rétention de sûreté] le renforcement du suivi socio-judiciaire et de la surveillance judiciaire ».

L'institution psychiatrique se voit donc toujours associée au dispositif de sûreté et donc de contrôle social. En s'appuyant sur la dangerosité, la psychiatrie constitue une forme d'outil juridique, au service d'une politique de contrôle social sécuritaire, visant à la préservation de l'ordre public. Cependant, cette vision ne tient pas compte de l'inaptitude fondamentale des psychiatres à « formuler des pronostics de dangerosité sociale<sup>262</sup> ». Pour K. Lucas<sup>263</sup>, lorsqu'elle se trouve sollicitée pour rendre compte des conduites d'infraction, la psychiatrie se retrouve devant un dilemme. Soit il lui revient de mesurer lucidement les limites de son savoir et de son savoir-faire, faute d'explications rationnelles fondées sur des connaissances effectives, soit de « dépasser ce qu'elle sait, allant vers un usage sans critique de l'analogie et de l'à-peu-près, c'est-à-dire, au bout du compte, vers un croire savoir et faire croire que l'on sait infiniment préjudiciable à la vérité et à la déontologie<sup>264</sup> ». J-M. Delarue, Contrôleur des libertés<sup>265</sup>, dénonce le fait que la dangerosité soit retenue comme référence, pour prévoir les risques de récidive d'un condamné, ou sa capacité à bénéficier d'un aménagement de sa peine. Il s'agit, pour le Contrôleur, d'un concept juridique dangereux. En l'occurrence, le modèle anglo-saxon et particulièrement canadien, cité en exemple, est qualifié par lui de « fruste et peu fiable ».

Le Syndicat des Psychiatres Hospitaliers s'est opposé à la loi Dati et s'est associé à la pétition « Non à la perpétuité sur ordonnance<sup>266</sup> ». Il soulignait que « pour la première fois dans notre droit, des individus (pourraient) être enfermés sur décision judiciaire non pour sanctionner des actes délictueux ou criminels, mais pour anticiper des actes qu'ils n'ont pas commis ». Pour le syndicat, cette loi heurterait gravement l'éthique médicale, puisque c'est l'expertise médico-psychologique qui devenait l'élément essentiel pour décider de la mesure de sûreté. Les psychiatres rappellent à ce propos, que leur mission consiste à soigner mais que, de fait, la loi les transforme en instrument d'une logique de surveillance et de séquestration. La privation de liberté reçoit ainsi une forme de caution scientifique en considérant que le savoir des experts psychiatres permet de prédire les actes criminels d'une personne. Le psychiatre J-P. Martin<sup>267</sup> qualifie d'ailleurs la situation actuelle de « paranoïa sociale ». Il affirme que la paranoïa, lorsqu'elle devient une politique d'Etat « fixe l'insécurité sociale et l'aggrave dans les lieux et les populations fragilisées ». Dans son livre<sup>268</sup>, le magistrat S. Portelli évoque également le rôle de la psychiatrie et avance l'hypothèse selon laquelle le grand regret des pouvoirs publics est de ne pas pouvoir punir les malades mentaux.

---

261 JOHANNÈS. F et WIEDER. T, « André VALLINI : la gauche devra mettre fin au soupçon de partialité qui ronge l'autorité de la justice », 16.04.2012. *Le Monde.fr*

262 RHENTER. P, « La présomption de dangerosité et la figure du fou dangereux », Les notes électroniques de La Forge, p. 7, *www.la-forge.com*

263 LUCAS. K, « L'initiative de l'hospitalisation d'office : un pouvoir partagé au service d'un contrôle sanitaire et social renforcé », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, p. 1077.

264 LANTÉRI-LAURA. G, *Criminologie et psychiatrie*, in Th. Albernhe (Dir.), Ellipses, 1997, spéc, p. 144.

265 Assemblée nationale, mission d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale : auditions ouvertes à la presse de Mme Christine LAZERGES et de M. Jean-Marie DELARUE, mardi 25 septembre 2012.

266 Le Syndicat des psychiatres hospitaliers (SPH) s'associe à la pétition « Non à la perpétuité sur ordonnance », Communiqué du 12 novembre 2008.

267 MARTIN. J-P, « Vulnérabilité n'est pas dangerosité », *Rhizome* n°39, juillet 2010.

268 PORTELLI. S, « Juger », éditions de l'atelier, 2011.

Selon la jurisprudence de référence *Vermote*, le principe de précaution ne peut pas primer sur le respect des libertés individuelles. Dans l'affaire *Vermote*<sup>269</sup>, la Cour d'appel de Paris a statué au fond sur une ordonnance du JLD, refusant une sortie immédiate d'internement psychiatrique. A cette occasion, elle a écarté les arguments du préfet, basés sur le principe de précaution, en énonçant que ce dernier « ne peut s'appliquer en matière de liberté individuelle ». Selon la Cour, en l'absence de texte spécifique, le risque de récidive sans lien direct établi avec l'état mental de la personne concernée par la mesure d'hospitalisation d'office ne peut justifier le maintien de cette mesure. Celui-ci doit s'apprécier seulement en fonction de l'état psychiatrique de cette personne. Pour la Cour, le principe de précaution reste donc limité, en droit interne, à son domaine habituel de l'environnement. Cette position est conforme à l'esprit de la législation sanitaire qui ne permet pas au juge de maintenir une personne enfermée, dès lors que les médecins considèrent qu'elle ne souffre plus de troubles mentaux graves et concluent tous à la levée du placement. La mesure de sûreté ne peut donc l'emporter sur l'aspect médical. La Cour a raisonné en deux temps. Elle a dit d'une part que le principe de précaution n'est pas applicable parce qu'il ne peut s'appliquer en matière de liberté individuelle. D'autre part, seul l'état mental du patient peut déterminer la nécessité d'une mesure d'hospitalisation contrainte. Par cette décision, elle a réaffirmé la primauté de la protection de la liberté individuelle, au regard de la mesure de sûreté qui serait nécessaire au maintien de l'ordre public. Il n'en demeure pas moins, malgré cette jurisprudence, que la montée en puissance des mesures de sûreté prononcées au nom du principe de précaution, signe une évolution tendancielle du rôle du juge. Nous verrons que son rôle évolue insidieusement du statut de garant des libertés individuelles, vers un rôle de préservation de l'ordre public, traditionnellement réservé à l'autorité administrative.

### SECTION 3. LA VISION SÉCURITAIRE DU POUVOIR POLITIQUE ET L'ÉVOLUTION LÉGISLATIVE.

Nous assistons à une évolution de la société qui, par précaution, n'accepte plus l'irresponsabilité et se montre beaucoup plus soucieuse des souffrances des victimes et de leurs proches. Cette précaution s'accompagne d'une « fièvre » sécuritaire qui prend racine dans des événements réels utilisés dans un système d'influences, mais qui ont peu à voir avec la rigueur scientifique. En effet, la place des victimes est singulière selon les orientations politiques. Les législations de gauche pour qui la justice pénale ne constitue pas une thérapie de la souffrance des victimes, ont plutôt mis l'accent sur l'indemnisation des victimes. *A contrario*, la droite tend plutôt à utiliser le malheur des victimes. A ce propos, M. Rigouste<sup>270</sup>, chercheur en sciences sociales, étudie les mécanismes de la domination sécuritaire. Il rappelle dans ses travaux que la peur constitue un outil politique fondamental pour les classes dominantes. De même, S. Seelow<sup>271</sup> a dénoncé le recul des droits fondamentaux en France, dont elle situe l'origine depuis les attentats du 11 septembre 2001. D. Van Raemdonck, vice-président de la fédération Internationale des droits de l'homme, conclue que l'on est entré dans l'ère du soupçon et constate que l'on a banalisé la notion de contrôle. Selon lui, les gens ont fini par accepter d'être tracés et contrôlés, sous prétexte qu'ils n'ont rien à se reprocher. En résumé, les procédures dérogatoires introduites au départ au nom de l'anti-terrorisme, tendent à devenir la norme générale applicable à tous les secteurs de la société et à tous les citoyens. A l'extrême, le ministre américain de la justice a d'ailleurs justifié récemment<sup>272</sup> l'élimination « légale » de citoyens américains à l'occasion de la guerre contre le terrorisme, lors d'une déclaration officielle. A propos de cette controverse, soulevée par les défenseurs des droits de l'Homme, le ministre justifiait ces opérations à trois conditions. D'abord une enquête « profonde et minutieuse » doit déterminer que l'individu présente une « menace imminente », ensuite il faut que sa capture soit impossible et que l'opération soit conforme « aux principes des lois martiales ». Cette position est pourtant contraire à deux principes constants dans le droit international : l'assassinat est interdit en toute circonstance, et tout accusé a droit à un procès équitable qui respecte la présomption

269 CA de Paris, 1ère chambre - Section B, n° 04/06710, Arrêt du 17 juin 2004, *Max Vermote c/ Préfecture des Hauts-de-Seine et Agent Judiciaire du Trésor*.

270 RIGOUSTE. M, *Les marchands de peur*, éditions à boulets rouges, février 2011.

271 SEELOW. S, « *Certaines libertés ont aussi disparu le 11 Septembre 2001* », 9 septembre 2011, *Lemonde.fr*

272 « Menace islamiste: l'administration Obama justifie l'élimination d'Américains » 06 mars 2012, *nouvelobs.com*

d'innocence. Le droit international précise, de plus, qu'il n'existe aucune dérogation, même en invoquant les crimes commis par la personne recherchée. A supposer qu'elle puisse représenter une justification, l'imminence de la menace justifiant l'élimination est ici subjective. Ceci amène d'ailleurs la journaliste américaine A. Appelbaum<sup>273</sup> à s'interroger : « Dix ans après les événements [...] serait-il possible que les avions qui ont frappé New York et Washington aient fait moins de dégâts à la nation que le flot de mauvaises décisions qui les ont suivis? ». Le principe de précaution, qui ne connaît pas de limite, se trouve en passe de justifier progressivement les atteintes aux libertés et droits fondamentaux en France et au niveau international.

### **§1. La conciliation de la sûreté avec le principe de précaution.**

Historiquement, la notion de dangerosité a engendré les pires dérives. Dès 1933 en Allemagne, le régime nazi a mis en place dans les camps des « détentions de protection » et autre « séquestration de précaution de durée illimitée ». Plus tard, c'est le concept d'« asociaux » qui a permis la mise à l'écart de tous les opposants. En France, la rétention de sûreté est antérieure au régime de Vichy. La loi du 27 mai 1885 relative à la relégation des récidivistes, entraîna « l'internement perpétuel sur le territoire des colonies ou possessions françaises ». Cette loi visait à éloigner du sol de la France métropolitaine les petits délinquants et vagabonds en établissant une « présomption irréfragable d'incorrigibilité ». Elle fixait tout un éventail de peines et infractions pour lesquelles la personne était présumée incapable de s'amender. Ceci entraînait le prononcé obligatoire par le juge de la peine accessoire de relégation. Lors de son adoption, la controverse était déjà très présente. Clemenceau accusa alors les opportunistes d'éluder les véritables causes de la récidive, en s'attaquant aux seules conséquences de la misère sociale et économique. La relégation, qui était devenue facultative en 1953, fut abrogée seulement en 1970<sup>274</sup>. En 1939, l'entrée en guerre de la France, a conduit le Gouvernement dirigé par le radical Daladier, à renforcer la surveillance des milieux politiques considérés alors comme subversifs. La procédure d'internement a été étendue à tout individu, étranger ou non, suspecté de porter atteinte à la défense nationale ou à la sécurité publique. Auparavant, le décret-loi du 12 novembre 1938, relatif à la situation et à la police des étrangers, encadrait le sort des « indésirables étrangers » dont il était « indispensable d'assurer l'élimination [...] en raison de leur activité dangereuse pour la sécurité nationale ». Dès le 21 janvier 1939, leur internement fut prévu dans des « centres spéciaux de rassemblement ». Enfin, le décret-loi du 18 novembre 1939 disposa que les individus dangereux pour la défense nationale ou pour la sécurité publique pouvaient, « sur décision du préfet, être éloignés par l'autorité militaire des lieux où ils résident et, en cas de nécessité, être astreints à résider dans un centre désigné par décision du ministre de la Défense nationale et de la Guerre et du ministre de l'intérieur ».

La Constitution du 4 octobre 1958 consacre en son article 66 que « nul ne peut être arbitrairement détenu ». Ce droit, défini sous la dénomination de sûreté personnelle, garantit à chaque individu de n'être ni arrêté, ni détenu, en dehors des cas limitativement prévus par la loi. L'alinéa 2 de l'article 66 de la Constitution dispose en outre que « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Seul le législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, fixe les conditions restrictives à l'exercice d'un droit constitutionnellement garanti. Le droit à la sûreté personnelle est aussi consacré par la Convention européenne, qui le définit à la fois de manière stricte et négative. L'article 5 de la Convention dispose notamment que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté » et que « nul ne peut être privé de liberté ». Enfin, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirme que « nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi ».

Le droit pénal moderne se fonde sur le principe unique de responsabilité, selon lequel seul celui qui a agi avec discernement et volonté, peut être déclaré pénalement responsable. L'imputabilité constitue

---

273 APPLEBAUM, A, « La pire erreur de l'Amérique depuis le 11-Septembre », 11 septembre 2011, [www.slate.fr](http://www.slate.fr)

274 Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.



ainsi le fondement de la responsabilité pénale. Selon le Code pénal, la personne atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique, ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, est pénalement irresponsable. Par conséquent, l'individu qui agit selon son libre arbitre engage sa responsabilité pénale. Ce n'est pas la gravité de la faute commise qui fonde la responsabilité pénale. La question de la culpabilité ne peut être posée qu'au vu de l'existence de l'imputabilité. C'est donc la question du libre arbitre, donc de l'imputabilité, qui est ici déterminante. L'imputabilité est constitutive de l'élément moral, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation *Laboube*<sup>275</sup>. En l'absence de discernement ou de volonté libre, l'infraction ne peut être constituée. La responsabilité pénale trouve sa source dans la personne même de l'auteur et non dans la matérialité des faits qu'il a commis. L'imputabilité se différencie de l'imputation qui permet seulement d'établir un lien de cause à effet et la mise en jeu de la responsabilité civile délictuelle. Pour engager la responsabilité pénale, l'imputabilité vient compléter l'imputation en démontrant que la personne à l'origine du dommage a agi selon son libre arbitre. La CCNDH considère que le système des périodes de sûreté<sup>276</sup> relève d'un raisonnement contestable. Ainsi, la peine ne doit pas seulement sanctionner le crime commis, mais également empêcher les crimes qui pourraient être commis à l'avenir. L'imputabilité est alors fortement remise en cause au nom de la dangerosité. Selon les détracteurs, la décision judiciaire d'irresponsabilité pénale présente deux défauts majeurs. Il s'agirait d'abord d'une indifférence à l'égard des victimes, caractérisée par le refus de reconnaître l'acte commis et la souffrance qu'il occasionne. C'est enfin la dénonciation d'une inconscience à l'égard de la société, caractérisée par le risque de laisser libre un malade mental dangereux. Le procès des malades mentaux, envisagé par certains, ne concerne pas les personnes au discernement altéré, considérées pénalement responsables, pas plus que le procès civil en réparation d'un dommage. Il s'agit bien, selon le chercheur P-J. Delage<sup>277</sup>, de « la consécration d'une responsabilité empruntant tout à la fois aux procès des sociétés archaïques et à certaines des plus terribles propositions du positivisme ». Ainsi, selon ce raisonnement, l'instauration du procès des irresponsables pénaux, censé favoriser le travail de deuil des victimes, ne prendrait plus en cause que la seule imputation. Dans cette logique, plutôt que la sanction de l'acte commis, c'est la prévention du renouvellement de l'acte qui est recherchée selon une extension du principe de précaution. A partir de ce principe, certains êtres humains, dont font partie les malades mentaux à l'origine d'actes graves, sont résumés à leur seule dangerosité et au risque de les voir récidiver.

La notion de mesure de sûreté s'inspire des travaux des criminologues positivistes. Ceux-ci rejetaient le concept de responsabilité, au profit de celui de dangerosité, retrouvant ainsi la théorie développée par C. Lombroso. Alors que la responsabilité implique le libre arbitre, le concept de dangerosité découle de celui de déterminisme. Pour les positivistes, l'individu est programmé par définition et la mesure de sûreté a vocation à remédier à sa dangerosité et à s'adapter à son évolution. C'est cette logique qui semble avoir prévalu en vue de l'adoption de la loi de rétention de sûreté. E. Guigou, s'adressant au ministre et au rapporteur, déclara « vous tournez le dos à Beccaria nourri de la philosophie des lumières, vous choisissez Lombroso et son homme criminel ». C. Beccaria, très influencé par Montesquieu, s'est intéressé très tôt aux questions liées à l'équité du système judiciaire. Il a d'ailleurs écrit dans « Des délits et des peines<sup>278</sup> » les bases modernes du droit pénal. Il s'est dégagé de l'influence de tout modèle religieux et a défini à la fois les bases et les limites du droit de punir. Il recommandait alors de proportionner la peine au délit et de prévenir le crime plutôt que de le réprimer. Il est considéré par la doctrine comme fondateur du droit pénal moderne.

Pour nombre de psychiatres, c'est de fait une logique de violence sociale qui assigne à la psychiatrie un rôle de contrôle des marginaux, déviants, malades et tous individus désignés comme potentiellement dangereux. Cette dangerosité, supposée et non définie, ouvre la voie à tous les abus en transformant tout accident en événement intolérable et la moindre erreur en défaillance intolérable. De plus, cette

---

275 Cass, ch. Crim, 13 décembre 1956, *Laboube*.

276 CCNDH, note sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, 2007.

277 DELAGE. P-J, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *Revue de science criminelle*, 2007 p. 797.

278 BECCARIA. C, *Des délits et des peines*, Poche, 2006.

fuite en avant légitime des mesures de plus en plus dures à la poursuite d'un hypothétique « risque zéro ». Les psychiatres ont tenu à alerter du danger<sup>279</sup> les familles et leurs associations ainsi que les associations de patients et ex-patients. Ils ont déploré d'être « contraints de répéter une fois de plus qu'il n'y a pas à assimiler crime ou délinquance et maladie mentale, dangerosité et maladie mentale ». Selon les praticiens, le fait que le pouvoir exécutif à l'œuvre ne laisse rien échapper ne peut que conduire à un excès de zèle pour prévenir absolument tous les risques. Ces psychiatres relèvent qu'« il ne s'agit donc guère de sagesse populaire et de vertu républicaine, mais bien d'une idéologie populiste et d'une politique sécuritaire dangereuses [...] ». De l'avis d'une majorité de praticiens, cette politique ne résoudra pas le problème de la récidive et par contre à vocation à s'étendre progressivement au nom du principe de précaution. A titre d'exemple, les mesures d'obligation de soins, initialement destinées aux seuls agresseurs sexuels, se sont aujourd'hui largement étendues à des personnes condamnées pour d'autres infractions. La polémique autour de la sûreté est aujourd'hui très vive, car une question essentielle n'est pas résolue. Il s'agit de déterminer si les mesures de sûreté doivent obéir aux mêmes principes que les peines, notamment aux principes de légalité, de non-rétroactivité et de proportionnalité. La mesure de sûreté présente les lourds inconvénients d'être prononcée à partir d'un état de dangerosité diagnostiqué, et non d'un acte réalisé. Pourtant, c'est l'acte réalisé qui constitue seul un critère objectif d'application d'une peine. La dangerosité s'avère, par définition aléatoire, et subjective, elle ne repose pas sur un acte mais sur une expertise et sa part de subjectivité. Les criminologues tenants des théories positivistes affirment que l'expert doit remplacer le juriste, alors que l'expertise en la matière n'est pas du tout une science exacte. Les mesures de sûreté ont vocation à s'appliquer autant que dure l'état dangereux. Selon ce préalable, seul l'expert est compétent pour dire s'il y a toujours persistance d'un état dangereux. Ces mesures doivent, de plus, s'adapter à l'évolution de l'individu dans le temps. Cela leur confère un caractère indéterminé et un contenu imprévisible. Pour les promoteurs de la rétention de sûreté devrait donc être considérée comme plus douce, puisqu'elle est prononcée pour corriger l'attitude de la personne. Par voie de conséquence, la rétroactivité serait selon eux possible.

En critiquant cette approche positiviste, il ne s'agit pas de réfuter la nécessaire lutte contre la récidive. Celle-ci répond à la préoccupation légitime de la société et contribue à la sécurité des personnes et des biens. Cette prévention est évidemment une condition essentielle pour l'exercice des libertés et des droits individuels. En revanche, les principes constitutionnels doivent être les seuls à servir de référence au législateur. Le principe de stricte nécessité et de proportionnalité des peines, proclamé par l'article 8 de la DDHC, a une valeur constitutionnelle. Il est de plus repris dans tous les textes internationaux relatifs aux Droits de l'Homme. Afin de parer à la réalisation du dommage, le principe de précaution prévoit la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et l'adoption de mesures provisoires et proportionnées. Il n'a cependant de valeur à ce jour, que dans le domaine du droit de l'environnement. Le droit pénal devrait logiquement exclure la notion de mesure de sûreté appliquée aux personnes car elle n'a pas de fondement juridique. La DDHC emploie le terme de peine et non de mesure de sûreté. De plus, l'article 34 de la Constitution donne compétence à la loi, en matière de peine, et non pour des mesures de sûreté. Précisément, « La loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables [...] ». Face au risque de récidive, le législateur semble avoir tendance à ne plus faire confiance à la prison, qu'il considère incapable d'amender. Il n'attend pas plus de l'hôpital qui ne sait pas traiter les criminels. Il propose donc une nouvelle disposition sécuritaire de privation de liberté pouvant être renouvelée à perpétuité.

## **§2. L'hyper médiatisation et l'utilisation des faits divers isolés.**

Depuis 2002, à chaque fait divers médiatisé a répondu une nouvelle loi répressive. La psychiatrie est chaque fois très concernée. Le 12 novembre 2008, un patient hospitalisé d'office au CHS de Saint-Égrève est sorti sans autorisation de l'établissement et a tué un jeune étudiant. Ce patient, hospitalisé

---

279 Psychiatrie, un appel de l'USP (Union Syndicale de la Psychiatrie) et du CEDEP (Comité Européen Droit, éthique et Psychiatrie) : « Nous refusons la politique de la peur », janvier 2009.

après déclaration d'irresponsabilité pénale, présentait des antécédents d'actes d'agression. Le directeur a été suspendu sans attendre les conclusions de l'enquête administrative et dans un contexte de polémique médiatique. Se saisissant sans délai de l'affaire, le Président Sarkozy exposait alors une liste de solutions sécuritaires reposant sur un fichage, la vidéosurveillance, le bracelet électronique et l'enfermement. L'opinion publique était prise à témoin et la douleur des familles mise en avant. A travers ce fait divers, le malade mental était assimilé au fou dangereux et au prédateur récidiviste, justifiant ainsi une volonté de pénalisation de la folie, avec mise à l'écart des malades mentaux. Pour certains observateurs, cette vision rétrograde nous a ramené avant la libération des malades par Pinel, lorsque les fous étaient assimilés aux criminels. Au nom d'une dangerosité potentielle, le dispositif liberticide envisagé, était caractérisé par l'amalgame entre ordre public et obligation de soins. Les experts et la HAS<sup>280</sup> constatent à ce propos, que cette dérive s'inscrit dans un contexte d'abandon, du modèle d'une société paternaliste. La vocation préventive et éducative, marquée par la solidarité et l'assistance, tend à s'effacer. Selon la Haute autorité, cela se caractérise par le refus de « prendre en charge les causes collectives » et les « déviances individuelles ». Cela cède la place à l'« obsession de la lutte contre la récidive » et la prédictibilité de cette dernière, chez les individus qui doivent alors être neutralisés.

Ce principe de précaution, qui se développe au service de la défense sociale, s'appuie sur des ressorts psychosociologiques. Il apparaît que l'exigence de punition est d'autant plus importante quand le fait criminel touche à la vie de tous les jours et exacerbe les peurs. La criminologue N. Przygodzki-Lionet<sup>281</sup> met en évidence les liens entre médiatisation et sur pénalisation du crime. Selon elle, la focalisation des médias sur les affaires criminelles amène l'opinion publique à surestimer la fréquence des actes violents. Cette distorsion de perception facilite l'émergence d'émotions négatives, telles que la peur et le sentiment d'insécurité, ce qui conduit inévitablement à une sévérité accrue. A ce titre, le traitement par l'agence Reuters<sup>282</sup> d'un fait divers impliquant un malade mental est particulièrement révélateur. Il résume à lui seul tous les travers de la presse généraliste lorsqu'elle relate un événement impliquant un malade mental. Précisément, l'agence écrivait « L'homme, âgé de trente-neuf ans, avait bénéficié d'un non-lieu pour raisons psychiatriques après le meurtre à coups de hache du compagnon de sa grand-mère [...] N. Sarkozy s'est félicité de son arrestation ». Devant cette présentation, le parquet de Marseille a alors rappelé que le patient n'était pas sous le coup d'un délit d'évasion, mais d'une procédure pour disparition inquiétante. Entretenant l'amalgame, la ministre de l'Intérieur M. Alliot-Marie a adressé ses félicitations aux forces de l'ordre lors de l'interpellation. L'article divulguait le nom du patient et ne respectait pas le secret médical, puisqu'il donnait un diagnostic. Il ne respectait pas l'anonymat, alors que ce patient faisait seulement l'objet d'une procédure pour disparition inquiétante. Le vocabulaire utilisé faisait état d'une « évasion », d'une « interpellation » et d'une « arrestation ». Quant à la rédaction générale, elle n'épargnait aucun détail sensationnel. L'article relatait que le patient était porteur d'un cutter, mais précisait qu'apparemment, il n'était pas du tout menaçant. Dans la même ligne éditoriale, le quotidien Vosges-matin<sup>283</sup> a cru bon d'ajouter que selon la préfecture, « le patient (était) hospitalisé en chambre d'isolement ». L'agence France Presse<sup>284</sup>, a couvert le même événement, de manière quasi identique. Le psychiatre P. Machto<sup>285</sup> a alors interrogé la déontologie des journalistes, sur ce que « peuvent éprouver, ressentir, penser, les [...] patients traités pour schizophrénie, psychose ou autres troubles psychiques, ainsi traités comme des coupables, des délinquants ». En effet, les patients sont particulièrement sensibles aux mots employés et au sens caché des paroles. Ils peuvent interpréter des mots qui ne leur sont pas destinés, mais qui alimentent leurs délires et leur perception

---

280 Rapport d'orientation de la commission d'audition, Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive, chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur, HAS / Service des bonnes pratiques professionnelles / Mars 2011.

281 PRZYGOZKI LIONET. N, *La dimension psychosociale du choix de la peine lors du procès pénal*, congrès de l'Association Française de Criminologie, Lyon, Juin 2005.

282 REVILLA. F, SCHWARTZ. G et BRETTON. L, « Un schizophrène dangereux arrêté après 6 jours de cavale », Reuters, 1er janvier 2009.

283 « Le schizophrène dangereux arrêté », 2 janvier 2009, *vosgesmatin.fr*

284 « Schizophrène dangereux échappé à Marseille: les recherches se poursuivent » AFP, 27 décembre 2008.

285 MACHTO. P, « Après L'Immigré, le Jeune de banlieue, le chômeur, voici le schizophrène », 01 Janvier 2009, *blogs.mediapart.fr*

de la réalité. Le psychiatre P. Machto posait la question des « effets que de telles désignations, de telles stigmatisations sur leur entourage, leur parent, leurs enfants, leurs voisins [...] ». Il soulignait, à cette occasion, l'absence de souci éthique de certains journalistes. Selon lui, ils n'interrogeaient pas mais accompagnaient la démarche des politiques, en se jouant du diagnostic et en faisant entrer dans le langage commun, les termes médicaux.

Le rapport préparatoire au plan violence et santé<sup>286</sup>, remis au ministre de la santé en 2004, s'est également intéressé au rôle joué par les médias par rapport à la thématique de la violence associée à la maladie mentale. A sa lecture, il semblerait que la présentation sélective par les médias de la maladie mentale sous un angle négatif, renforcerait les stéréotypes du grand public. Le rapport note que les analyses de contenu révèlent une proportion importante d'articles dans lesquels les individus souffrant de maladie mentale sont décrits comme agressifs. Les individus souffrant de psychose apparaissent quasi exclusivement au regard de la criminalité qui leur est attribuée. Généralement, la presse présente peu des informations sur la maladie mentale de manière positive. En France, une analyse de quatre titres, menée en 1992, a montré que tous les articles sur la psychiatrie mentionnaient la violence. Ces articles portaient essentiellement sur les institutions psychiatriques pour malades ayant commis des crimes. En fait, les quotidiens de la presse écrite tendent, dans l'ensemble, vers des reportages très sélectifs sur la maladie mentale et la psychiatrie. La télévision est aujourd'hui un vecteur d'information plus important que la presse écrite. De plus, un certain nombre de spectateurs ont plus confiance dans le contenu des émissions de « divertissement » que dans les émissions d'informations. Par voie de conséquence, les fictions télévisées et cinématographiques s'avèrent être la source la plus importante des représentations de la maladie mentale. A ce propos, l'analyse des films de divertissement montre que les références à la maladie mentale sont exprimées par des termes non scientifiques. Cette terminologie péjorative, telle que « fou » ou « dingue », constitue un mécanisme de différenciation qui permet d'écarter ou dénigrer les personnages. Dans une étude, menée sur des comédies dramatiques à la télévision, dont un des personnages était malade mental, ces personnages étaient par exemple décrits comme étant physiquement violent envers eux-mêmes ou autrui. *A contrario*, la psychiatrie et les travaux des psychiatres sont rarement présentés quand il s'agit de succès ou de parcours positifs. Les reportages ou documentaires portent plus souvent sur les unités pour malades difficiles. Ces dernières représentent des situations marginales mais susceptibles de recueillir plus d'audience. *A contrario*, les émissions sur les suivis ambulatoires, au sein de la cité, sont beaucoup plus rares. Une meilleure connaissance scientifique du trouble mental ne s'accompagne pas nécessairement d'une diminution de ces stéréotypes. C'est notamment le cas de ceux qui associent la violence et la dangerosité à la maladie mentale. Si une meilleure information concernant la santé mentale et son traitement peut encourager la prévention et le recours aux soins, elle ne change pas forcément les attitudes ni le niveau de connaissance du public. D'autre part, d'un point de vue économique, le traitement du thème de la maladie mentale est soumis aux impératifs de l'intérêt du lecteur, de l'auditeur et du téléspectateur. En cela ce thème est en concurrence avec d'autres thèmes d'actualité, mais il est également en fonction de la « ligne » éditoriale du média concerné. Il existe de plus une certaine « instrumentalisation » des médias par les pouvoirs publics. A ce propos, la « fuite » dans la presse, d'un rapport de l'inspection générale des affaires sociales<sup>287</sup>, relatif aux « graves dysfonctionnements », au sein des établissements psychiatriques en matière de sécurité, en est un exemple concret. En l'occurrence, la « fuite » a eu lieu le jour de la lecture du projet de loi relatif aux soins psychiatriques, ce qui constitue une circonstance particulièrement troublante. Le psychiatre E. Perrier<sup>288</sup> percevait davantage à travers ce rapport « une instrumentalisation de la psychiatrie, en relation directe avec un climat sécuritaire ». Selon le praticien, « on jette le doute sur la profession. En partant de cas particuliers, de faits divers, on joue sur les peurs ». Si l'ensemble de la presse écrite reprenait des dépêches d'agence, soulignons que Ouest-France<sup>289</sup>

---

286 LOVELL, A., *Travaux préparatoires à l'élaboration du Plan Violence et Santé, en application de la loi relative à la politique de santé publique du 9 août 2004*, mars 2005.

287 « Un rapport critique sévèrement la psychiatrie française », Reuters, mardi 31 mai 2011.

288 « Psychiatrie: Les mineurs, vulnérables parmi les vulnérables. L'Inspection générale des affaires sociales dévoile ce mardi un rapport accablant sur la psychiatrie française... », 31 mai 2011, *20minutes.fr*

289 « Psychiatrie : soins à domicile sans consentement », mercredi 01 juin 2011, *ouestfrance.fr*

a repéré la coïncidence entre vote de la loi et sortie du rapport accablant de l'IGAS. L'organe de presse soulignait : « ce n'est sans doute pas un hasard si au moment où la loi est adoptée, l'IGAS pointe dans un rapport de graves dysfonctionnements au sein des hôpitaux psychiatriques ». Certains organes de presse spécialisée<sup>290</sup> à destination des lecteurs avertis et non du grand public<sup>291</sup>, ont également relevé la parution du rapport de l'IGAS, le jour où l'Assemblée adoptait un projet de loi vivement critiqué, notamment par les psychiatres. Ce traitement médiatique, identifié comme péjoratif, a d'ailleurs fait l'objet de recommandations. La HAS<sup>292</sup> recommande de respecter la dignité des personnes en ne les réduisant pas à leur maladie. A cette fin, la Haute autorité recommande de bannir dans les médias et la communication au sens large, les termes de « schizophrène », de « malade mental dangereux », de « récidive » ou d'« évasion. La Haute autorité préconise de leur préférer les termes « personne souffrant de troubles schizophréniques [...], moment de violence au cours d'une maladie mentale [...], rechute [...], sortie sans autorisation [...] ». En ce qui concerne la communication de l'autorité judiciaire, le procureur de la République de Besançon<sup>293</sup> s'exprimait ainsi, « Au moment des faits, le « fou furieux » a été contrôlé à 0,20 mg d'alcool par litre d'air expiré, soit 0,40 g par litre de sang ». Dans ce cas précis où la presse n'est pas en cause, c'est le représentant du ministère public qui contribue à une approche péjorative. Plus que l'allusion à l'alcoolémie, c'est l'expression « fou furieux » qui est ici critiquable dans les propos du magistrat, car il contribue à entretenir la confusion entre des termes cliniques et un vocabulaire populaire de « faits divers ». Dans un registre différent, un reportage présentait les malades en situation de vulnérabilité. Ce reportage dans un service de psychiatrie de la banlieue parisienne, réalisé dans l'émission de France 2<sup>294</sup>, a mis en évidence des situations de maltraitance. Rappelant à ce propos le problème majeur de formation des personnels, B. Durand<sup>295</sup>, président de la fédération Croix-marine, soulignait que « les professionnels récemment formés sont démunis et vivent dans la crainte d'une violence qu'ils redoutent, leur propre inquiétude n'ayant pour effet que de faciliter la montée de l'angoisse chez les patients qui prélude aux réactions agressives et violentes ». Cela crée effectivement un véritable cercle vicieux conduisant à une utilisation de plus en plus importante des prescriptions de contention et les chambres d'isolement. Si la sécurité est nécessaire en psychiatrie face à une menace potentielle ressentie par les jeunes professionnels aujourd'hui, ce dont les professionnels ont avant tout besoin c'est de la sécurité procurée par le fait de travailler dans de vraies équipes où l'on peut échanger.

---

290 HOLUÉ. C, « Hôpitaux psychiatriques: 10 000 fugues par an «faciles et fréquentes. » 31 mai 2011, [egora.fr/sante-societe](http://egora.fr/sante-societe)

GOUGACHE. E, « Un projet de loi qui ne plait pas à tout le monde », 2 juin 2011, [LexTimes.fr](http://LexTimes.fr)

291 BILHAUT. D, « Hôpitaux psychiatriques : ces défaillances qui génèrent la violence », 31 mai 2011, [lequotidiendumedecin.fr](http://lequotidiendumedecin.fr)

292 Rapport d'orientation de la commission d'audition, Dangersité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive, chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur, HAS / Service des bonnes pratiques professionnelles / Mars 2011.

293 « Contrôleur SNCF agressé : Le suspect ne se souvient de rien », 7 octobre 2011, <http://www.francesoir.fr>

294 Les Infiltrés.

295 DURAND. B, président de la Fédération d'Aide à la Santé Mentale Croix Marine, « Est-il encore possible d'arrêter la destruction de la psychiatrie », 20 mai 2010, [Mediapart.fr](http://Mediapart.fr)

## **CHAPITRE 2. SURVEILLANCE, SÉCURITÉ ET ORDRE PUBLIC : BILAN DE LA LOI DU 27 JUIN 1990.**

La loi de 1838 partait du postulat que l'aliénation interdisait au malade de demander des soins. En revanche, la loi de 1990 estimait au contraire qu'en règle générale le patient reconnaissait ses troubles et demandait lui-même des soins. Ce changement de paradigme, observé avec la loi de 1990, va rapidement se heurter à un phénomène paradoxal. Les exceptions d'hospitalisations sous contrainte vont alors connaître une augmentation considérable. Il semble, en la circonstance, que de manière concomitante, en parallèle à la nouvelle législation, l'intolérance sociale ait banalisé la notion d'atteinte à l'ordre public. L'autorité publique a réagi par une application progressive du principe de précaution, permettant de satisfaire aux exigences d'ordre public exprimées par la société. Cela se conjugue, en psychiatrie, avec la montée en puissance, d'une obligation relative de sécurité-résultat.

### **SECTION 1. LES RAPPORTS D'ÉVALUATION.**

La diversification des réponses proposées par l'institution psychiatrique a permis des soins moins stigmatisant, mais la psychiatrie reste toujours écartelée entre une fonction soignante et une fonction de contrôle des malades mentaux. Le recours à la contrainte, spécifique de la psychiatrie, reste un acte potentiellement violent car il sous-entend agir contre la volonté des personnes afin de les forcer à se soigner. La question de la formalisation du consentement est omniprésente, car rien n'indique ce qui doit être mis en œuvre pour le recueillir ainsi que pour l'apprécier. Les certificats médicaux circonstanciés exigés mentionnent seulement l'impossibilité d'obtenir le consentement. Différents rapports ont servi de référence au Gouvernement pour préparer la réforme des soins psychiatriques de 2011. Forte de ce préalable, N. Berra secrétaire d'Etat à la santé, déclarait en 2011 devant la commission du Sénat : « je m'inscris tout d'abord en faux contre l'allégation de précipitation. De nombreux rapports ont été remis ces dernières années au Gouvernement et d'importants éléments objectifs ont alimenté les travaux de rédaction du texte ». A ce propos, il est regrettable que le rapport de l'HAS<sup>296</sup> sur la dangerosité des malades mentaux pourtant terminé depuis le mois de mars 2011, n'ait été diffusé qu'après l'adoption de la réforme. Contrairement à celui de l'IGAS, ce rapport fait un point honnête et documenté sur cette problématique.

#### **§1. La mission<sup>297</sup> IGAS / IGSJ de mai 2005 : un apport essentiel.**

Ce rapport majeur va largement inspirer la loi « Dati » du 25 février 2008 ainsi que le projet de réforme de la loi du 27 juin 1990. Réalisé conjointement par l'inspection des affaires sociales et l'inspection des services judiciaires, ce rapport préconisait de ne pas donner au juge la responsabilité de décider *a priori* de l'hospitalisation sous contrainte. Les arguments énumérés à ce propos invoquaient un alourdissement de la procédure et surtout un manque de moyens. Pour la mission, le maintien des dualités de procédure, sur décision du préfet, ou sur demande d'un tiers, était plus respectueux de la diversité de situation des malades. Cette conclusion ne considérait cependant, que l'unification sous l'égide du préfet. Le rapport évoquait également la dissociation de l'obligation de soins et de la modalité de soins pour mieux adapter les prises en charge au niveau de consentement du patient. C'est d'ailleurs dans ce document qu'est apparue l'idée de soins sans consentement ambulatoire. Les rapporteurs préconisaient la création d'une période de soixante-douze heures encadrée par la loi et prévoyant un troisième certificat d'évaluation à l'issue de cette période. A propos des hospitalisations, sur demande d'un tiers, la mission suggérait une modalité exceptionnelle d'admission sans tiers, à titre conservatoire. Enfin, le rapport insistait sur la nécessité de rendre effectifs les droits de communication

<sup>296</sup> Rapport d'orientation de la commission d'audition, Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive, chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur, HAS / Service des bonnes pratiques professionnelles / Mars 2011.

<sup>297</sup> Mission IGAS / IGSJ, Propositions de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, A. Lopez, I. Yeni, M. Valdees-Boulouque, F. Castoldi, mai 2005.

et de recours du patient hospitalisé sous contrainte. Dans le même ordre d'idée, il préconisait de faciliter le recours du patient ou de son entourage devant le juge des libertés et de la détention (JLD), afin que ce dernier statue à bref délai sur la demande de sortie immédiate. Le rapport proposait enfin que le contrôle des établissements psychiatriques par les autorités administratives, judiciaires, ainsi que par la commission départementale des hospitalisations psychiatriques, soit mieux encadré.

## §2. Les autres rapports.

Plusieurs rapports de missions d'inspection ou d'autorités administratives ont également traité de la prise en charge des malades mentaux. Plusieurs étaient axés sur les problématiques de violence, de dangerosité et de récidive. Il s'agit des missions IGA / IGPN / GN de mai 2004<sup>298</sup>, IGA / IGSJ / IGAS de février 2006<sup>299</sup> et du rapport Burgelin de juillet 2006<sup>300</sup>.

Le rapport<sup>301</sup> de l'IGAS de mai 2011, sur la violence et la psychiatrie, a été remis au ministre de la santé le jour de l'adoption par l'Assemblée nationale du projet de loi réformant la loi de 1990. Techniquement, il frappait par son caractère superficiel et sa partialité. Il était censé étudier les phénomènes de violence liés à la psychiatrie et formulait un diagnostic très sévère sur les prises en charge des malades mentaux. Certes les auteurs ont tempéré leurs propos, parfois très sévères, en indiquant qu'ils ont enquêté sur « des services qui (fonctionnaient) mal ». De plus, ils reconnaissaient également que les accidents présentés ne « (formaient) pas un échantillon représentatif ». Un tel préliminaire aurait pu d'ailleurs suffire à sa non publication. Son contenu et la concomitance de sa sortie avec le vote à l'Assemblée ont d'ailleurs provoqué un tollé de protestations. S'il formulait un certain nombre de recommandations utiles, ce document se révélait pour l'essentiel « à charge » contre le monde de la psychiatrie. Manifestement, il semblait répondre à une commande de circonstance des autorités publiques. S'il comportait de nombreuses recommandations à connotation sécuritaire, dans la continuité du discours d'Antony, du Président de la République, il pointait de même des situations particulières. Selon les rapporteurs, le confinement dans des espaces étroits de personnes de tous âges, présentant des pathologies diverses, conjugué à la négation de la vie privée, était source de danger. Ainsi, « de tels regroupements (de malades) facilitent les agressions et les homicides ». Cette affirmation abrupte signe l'ignorance de la réalité des relations entre patients, de l'entraide et de l'attention à l'autre, elle contribue enfin à disqualifier le contenu de ce rapport. Le document soulevait de même l'absence de distractions, comme si un lieu de soins était un « club de loisirs », sans aborder l'apragmatisme des patients, signe pourtant caractéristique de la maladie mentale. La mission a également relevé l'absence de formation des infirmiers à la prévention, ainsi qu'à la gestion des situations d'agressivité. Elle n'a en revanche pas relevé le déficit de formation psychopathologique de base des soignants, seul capable d'éviter en amont les situations de violence. G. Baillon s'est également indigné publiquement<sup>302</sup> à la lecture de ce rapport. Il résumait l'amertume des professionnels de la psychiatrie et exprimait sa honte « de cet Etat qui oblige ses Inspecteurs à publier un rapport s'acharnant à démontrer que les malades mentaux sont dangereux et que les soignants de la psychiatrie sont des incapables ». Selon lui, le but de l'éclat médiatique entourant la divulgation de ce rapport, consistait pour l'Etat à discréditer les opposants au projet de réforme. G. Baillon soulignait, en contradiction, le rapport « tranquille, serein, incontestable » du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Le rapport du Contrôleur fut par ailleurs qualifié de « sans passion, sans critique, mais terrible pour l'Etat ». Les rapporteurs ont enfin précisé eux même, en forme d'aveu, qu'il n'était pas possible de tirer la vérité d'une enquête statistique. Pour autant, ils ont présenté l'ensemble du rapport comme la vraie représentation de la réalité. En fait, ils ont affirmé opportunément des données partielles, en les présentant comme une généralité. Le « collectif des 39 contre la nuit sécuritaire » s'est indigné du « populisme sensationnel d'un tel rapport

---

298 Mission IGA / IGPN / GN, *Rapport sur les problèmes de sécurité liés aux régimes d'hospitalisation sans consentement*, mai 2004.

299 Mission IGA / IGSJ / IGAS, *La prise en charge des patients susceptibles d'être dangereux*, février 2006.

300 Rapport Burgelin, *Santé, justice et dangers, pour une meilleure prévention de la récidive*, juillet 2006.

301 Analyse d'accidents en psychiatrie et propositions pour les éviter, Rapport de l'IGAS, Docteur F. Lalande, C. Lepine, mai 2011.

302 BAILLON. G, « J'ai honte des inspecteurs IGAS, j'ai honte de leur patron l'Etat français, accusant de crimes passés et à venir les malades mentaux », Paris le 4 juin 2011, *Médiapart.fr*

(légitimant), une loi inique promouvant le retour de la ségrégation pour les plus fragiles d'entre nous, et organisant la destruction du secteur ». L'avis du Cercle de Réflexion et de Proposition d'Action pour la psychiatrie (CRPA) fut également lapidaire dans son appréciation<sup>303</sup>. Le cercle de réflexion notait qu'« il ne s'agissait « en rien, de prôner une humanisation des conditions des hospitalisations psychiatriques et un strict respect des droits fondamentaux des patients [...] ». Au contraire, il s'agissait « d'accroître les mesures de défiance et d'encadrement sécuritaires qui pèsent sur les patients [...] ». La grande majorité des psychiatres s'est enfin révélée unanime pour dénoncer la connotation politique du rapport de l'IGAS<sup>304</sup>. Faisant référence au projet de loi voté par les députés, N. Skurnik du syndicat des psychiatres de secteur, a souligné la fausse coïncidence et déclaré qu'« il faudrait être naïf pour penser que ce rapport (était) publié [...] par hasard ». Le psychiatre P. Machto précisait que ce rapport « (venait) à nouveau enfoncer le clou de cette orientation qui entretient un climat de peur et de stigmatisation des malades ». Pour P. Machto, ce document ne traduisait que le « degré zéro » de la pensée, la méconnaissance des pratiques de soins et le parti pris idéologique. Pour le praticien, le *summum* de l'absurde résidait dans la proposition d'entraînements physiques réguliers des personnels soignants, pour faire face à l'agressivité des patients. Lorsqu'on sait que le personnel soignant est désormais très jeune et féminisé à quatre-vingt-quinze pour cent, cette vision des gardiens d'asile, « costauds et forts en bras », était significative de l'ignorance des membres de l'IGAS. De plus, ce rapport se révélait contradictoire, dans la mesure où il préconisait la répression physique des malades agités, après avoir dénoncé les maltraitances dont ils étaient parfois victimes. A l'unisson, I. Montet et J.-C. Penochet, représentants le Syndicat des psychiatres des hôpitaux, ont souligné la médiocre qualité du rapport explicable par l'empressement à démontrer l'insécurité en psychiatrie en plein débat parlementaire sur un « projet de loi controversé ». Ils considéraient que l'on était en droit d'attendre « plus de rigueur de cette haute instance chargée d'éclairer la décision publique ». Ils ont largement souligné la contradiction du rapport qui accusait les professionnels d'abuser de la contrainte contre les droits des patients tout en étant trop laxistes, notamment avec les patients fugeurs. Le rapport contenait une description des soignants « tout à la fois fumeurs excessifs, coupables d'absentéisme et de cumul d'emplois, peu formés à la réponse à l'agressivité [...], et soumis à leurs émotions ». Ce contenu particulièrement désobligeant, relevait de la stigmatisation des soignants, après s'être livré à celle des patients. Les inspecteurs ont dénoncé le confinement des patients dans des structures mal adaptées, l'absence de chambre individuelle et d'équipement sanitaire correct. Pourtant, il s'agissait de l'avis des psychiatres, des stigmates de la négligence des tutelles, qui feignent de s'en étonner. Les psychiatres syndicalistes ont de plus rappelé, à cette occasion, que les derniers budgets attribués ont été affectés de manière autoritaire pour la sécurisation et la création des chambres d'isolement<sup>305</sup>. Aucun fond n'a été prévu pour améliorer les conditions hôtelières de la psychiatrie.

Le rapport<sup>306</sup> du contrôleur des libertés contraste par sa crédibilité avec celui de l'IGAS. Il constitue le reflet d'une fine observation concrète de la réalité de terrain. Le contrôleur et ses délégués ont, en effet, visité de nombreux établissements psychiatriques depuis 2007. Ils ont remarqué que le concept de « dangerosité » révolutionnait non seulement la justice, mais aussi l'appareil de soins psychiatriques, et la plupart des lieux de privation de liberté. Ainsi, dans les établissements de santé habilités à prendre en charge les malades mentaux sans consentement, se pose désormais la question de l'équilibre entre plusieurs exigences. Il s'agit de concilier les droits des personnes, les exigences du soin, et les mesures de sécurité nécessaires. Pour le Contrôleur, cet équilibre était rarement satisfaisant, et l'enjeu à venir était d'assurer des soins, mais également de notifier les voies de recours possibles, d'informer de la possibilité d'être assisté, et de signaler toute mesure particulière de contrainte. Le constat du

---

303 Un rapport de l'IGAS sur l'état de la psychiatrie française aux conclusions surprenantes, communiqué du CRPA, lundi 6 juin 2011, <http://psychiatrie.crupa.asso.fr/114>

304 « En plein débat sur l'hospitalisation d'office, les hôpitaux psychiatriques sont taxés de négligence en matière de sécurité, dans un rapport officiel sévère publié mardi », 2 juin 2011, [AFP/actusoins.com](http://actusoins.com)

305 Circulaire, ministre de la santé n°DHOS/02/F2/2009/23 relative au financement par les fonds pour la modernisation des établissements de santé publics et privés (FMESPP) du plan d'amélioration de la sécurité des établissements ayant une autorisation en psychiatrie.

306 *Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté – Rapport d'activité 2010*, éditions Dalloz, 2011.



contrôleur montrait que les procédures n'étaient pas assurées de manière satisfaisante à plusieurs titres.

Le rapport de la HAS<sup>307</sup>, qui a été diffusé quelques jours après la promulgation de la nouvelle loi relative aux soins psychiatriques, se situait très nettement en opposition à celui de l'IGAS vu précédemment. Il soulignait notamment que « la psychiatrie est une discipline complexe qui traite de la maladie mentale mais qui ne peut être utilisée comme un élément du contrôle social à travers la question de la dangerosité comme elle a pu l'être ailleurs à des fins de contrôle politique ». Pour les experts de la HAS, la psychiatrisation abusive des conduites dangereuses constitue une régression, à la fois sur le plan éthique et politique. Cette diffusion tardive du rapport de l'HAS interroge de plus sur la stratégie gouvernementale sous-jacente à l'élaboration de la loi. A ce propos, le Groupe Information Asile<sup>308</sup> a émis un avis tranché. L'association a accusé la HAS d'être complice du Gouvernement Sarkozy. Elle reprochait la « concoction et la promulgation d'une loi dénoncée par tous les défenseurs des Droits de l'Homme comme liberticide, par le retard de publication de son rapport et par son accord explicite avec les soins sans consentement en ambulatoire sans judiciarisation préalable ».

La « fragilité » globale du rapport élaboré par l'IGAS est une évidence et le volet architectural est particulièrement éclairant à ce propos. La Mission nationale d'appui en santé mentale (MNASM) évoluait sous tutelle du ministère de la santé et de la Direction de l'organisation des soins (DGOS). Elle a effectué une soixantaine de missions sur sites depuis 1993. Elle dispose d'une expertise de terrain spécialisée sans équivalents. La mission a notamment diffusé un guide de rénovation architecturale en psychiatrie<sup>309</sup>. A la lecture de ce guide, il apparaît que les recommandations de l'IGAS, formulées en 2011 en la matière, sont en réalité depuis longtemps connues et disponibles. En conclusion, ce rapport de l'IGAS a révélé une certaine ignorance des dispositions existantes. En l'occurrence, la ligne de conduite des pouvoirs publics s'est vue reprocher parti pris, ignorance, précipitation et approximation.

## **SECTION 2. LE DURCISSEMENT DES POLITIQUES PUBLIQUES ET LES EXIGENCES D'ORDRE PUBLIC.**

L'application implicite du principe de précaution aux conduites humaines se traduit par des politiques publiques de plus en plus sécuritaires. Dans ce contexte, les rares faits divers graves, commis par les malades mentaux, sont particulièrement médiatisés, et génèrent une très forte émotion. Le malade schizophrène est présenté en particulier comme une des figures contemporaines de la dangerosité. Il tend désormais à représenter un risque nouveau pour une société qui cherche à se prémunir et qui développe une forme d'intolérance inhérente à la recherche permanente du « risque zéro ».

### **§1. Le principe de précaution et les politiques publiques.**

Avec le déclin de l'Etat providence, le pouvoir politique tend à proposer de plus en plus une sécurité pénale lorsqu'il ne peut plus assurer de sécurité sociale. Prise au cœur de cette logique, la folie tend à être considérée comme une des déviances intolérables par notre société. Le déblocage de fonds importants, pour des aménagements sécuritaires dans les établissements psychiatriques, s'est fait au détriment des moyens humains nécessaires pour soigner. La psychiatrie se retrouve donc impliquée au cœur de l'équilibre, entre protection des libertés individuelles et ordre public. Les psychiatres sont régulièrement interpellés pour examiner des personnes dont les troubles du comportement engendrent notamment des troubles de voisinage. Ces phénomènes sociaux ne sont pas intrinsèquement des

---

307 Le Rapport d'orientation de la commission d'audition, dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive, chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur, HAS / Service des bonnes pratiques professionnelles / Mars 2011.

308 Lecture critique du rapport de la HAS sur la dangerosité psychiatrique rendu public le 7 juillet 2011, MAILLARD-DÉCHENANS. N, membre du G.I.A, 18 juillet 2011.

309 Pratiques de soins en psychiatrie et réflexions sur les éléments du programme architectural : aide à l'élaboration d'un programme en psychiatrie, MNASM, avril 2007.

symptômes psychiatriques, pourtant le psychiatre est requis en tant qu'expert pour distinguer ce qui relèverait d'une éventuelle pathologie. La psychiatrie est devenue de fait un outil d'ordre public banalisé. Ceci amène à interroger la nature et le sens des soins. L'obligation de soins est nécessaire lorsque le trouble psychique est bien réel et lorsqu'il entraîne une désorganisation préjudiciable pour le sujet. Cette désorganisation doit être caractérisée par l'incapacité de reconnaître la nécessité des soins et d'exercer pleinement son libre arbitre. La dérive inspirée par le principe de précaution consiste à recourir aux soins par la contrainte face à la dramatisation basée sur des fantasmes de dangerosité. La mission de la psychiatrie de secteur consiste pourtant à intégrer l'ordre public dans une négociation et non comme une répression mise en œuvre *a priori*. Cette mission ne peut être remplie que lorsque les équipes de secteur s'engagent. Cet engagement a lieu auprès du patient et de son entourage dans la vie sociale, mais aussi par la permanence de l'accès aux soins et la continuité des soins. Encore faut-il que le niveau de tolérance sociale permette cette approche ce qui est de moins en moins vrai. En effet, l'affaiblissement des collectifs humains et la montée de l'individualisme altèrent fortement le lien social et permettent, de moins en moins, une régulation des conflits. La jurisprudence qui a soutenu la dynamique, reposant sur la « théorie du risque spécial pour les tiers », se trouve aujourd'hui largement contrebalancée par l'irruption du « principe de précaution », auquel se réfèrent de plus en plus les psychiatres. Cette tendance met en péril l'éthique de la psychiatrie et fait craindre un retour à des pratiques anciennes que la jurisprudence administrative avait permis de dépasser. Dans la logique sécuritaire, si l'on veut se prémunir contre tout danger, le système judiciaire classique se révèle insuffisant. Ce dernier écarte les délinquants, mais *a posteriori*, après qu'ils soient passés à l'acte. La tendance est donc aux législations inspirées du principe de précaution permettant de mettre à l'écart *a priori*, ce qui exige un repérage précoce de certains individus et en l'occurrence les personnes atteintes de troubles psychiques. Dans ce contexte, les malades mentaux présentés comme des personnes potentiellement et durablement à risques, nécessitent par voie de conséquence, des mesures de contrôle social particulièrement strict. Ainsi, sur trois cent mille personnes hospitalisées en psychiatrie annuellement, soixante-dix milles le sont sous le régime de l'hospitalisation sous contrainte. Deux types de libertés essentielles sont alors spécifiquement en jeu et relèvent du respect de l'autonomie de la personne. Il s'agit de la sûreté, comme préservation de la liberté d'aller et venir, mais également de la protection de la vie privée et de l'inviolabilité du domicile.

La mesure d'hospitalisation d'office est une atteinte grave aux libertés individuelles qui a aussi des conséquences lourdes sur le plan social. La personne qui fait l'objet de cette mesure doit présenter des troubles mentaux susceptibles de compromettre l'ordre public et de porter atteinte à la sûreté des personnes. Cette situation se trouve aux confins du droit de la santé et du droit pénal, l'action sanitaire intervenant en amont d'une infraction potentielle. La notion d'aliénation mentale a disparu du discours médical à partir de la seconde moitié du XXe siècle et tend même à disparaître dans le discours juridique actuel. Cette évolution sémantique s'est confirmée en réformant la loi du 30 juin 1838 par celle du 27 juin 1990, en substituant le « trouble mental » à l'« état d'aliénation ». Cependant, la loi du 27 juin 1990 a opéré cette substitution, sans préciser le degré de gravité de l'affection. La loi indique seulement, qu'en cas d'hospitalisation à la demande d'un tiers, les troubles en question doivent rendre impossible le consentement aux soins. Des soins immédiats s'imposent alors sous surveillance constante en milieu hospitalier. Pour l'hospitalisation d'office, les troubles mentaux doivent être associés à un danger pour l'ordre public ou la sûreté des personnes. Il n'est pas précisé que ce danger doit résulter de la pathologie mentale de l'intéressé. La loi du 4 mars 2002 est venue seulement préciser que le trouble à l'ordre public devait être « grave ».

La loi du 27 juin 1990 s'est substituée à la loi de 1838 mais la logique est similaire. Historiquement, en 1837 et 1838, quatre experts-aliénistes dont Esquirol, furent chargés de préparer une loi spécifique sur les aliénés. Pour Esquirol<sup>310</sup>, les aliénés devaient être totalement remis aux aliénistes sans contrôle extérieur et sans contrôle judiciaire systématique. Selon lui, « les caractères de l'autorité administrative (étaient) éminemment appropriés à la nature et à l'ordre des mesures propres à prévenir les abus

---

310 ESQUIROL. E, *Examen du projet de loi sur les aliénés*, (Paris, 1838, [psychiatrie.histoire.free.fr](http://psychiatrie.histoire.free.fr))

auxquels l'isolement (pouvait) servir de prétexte [...] » Esquirol considérait que l'autorité administrative « (embrassait) dans son action tous les intérêts d'ordre et de salubrité publique ; elle (agissait) avec promptitude et discrétion ». Enfin, « s'il (était) possible qu'elle s'égare, ses erreurs (étaient) soumises au contrôle de l'autorité judiciaire ». Seul Ferrus<sup>311</sup> proposa dès 1834 que l'internement soit décidé *a priori* par voie judiciaire. La rédaction de Ferrus prévoyait qu'aucun individu ne « (pourrait) être admis et retenu comme aliéné dans ces maisons et établissements que sur la remise de l'extrait authentique d'un jugement ». C'est d'ailleurs grâce à Ferrus que la loi du 30 juin 1838 a instauré la saisine facultative du président du Tribunal de grande instance, à fin d'élargissement. On lui doit également les contrôles périodiques des autorités administratives et judiciaires. *A contrario*, Falret<sup>312</sup> écartait la judiciarisation vu que « l'autorité administrative n'(inspirait) aux familles ni aux malades aucun sentiment de crainte et de défiance, puisque son essence (était) d'être paternelle ». Falret considérait en revanche que l'autorité judiciaire n'apparaissait à l'imagination qu' « armée du glaive de la loi ». L'autorité judiciaire « (pouvait) exercer sur les malades, ordinairement si craintifs et si défiants, la plus funeste influence et produire sur les familles une impression de douleur et d'irritation analogue à celle qu'éprouvent des personnes injustement accusées ». Le recours à la saisine facultative du juge, comme les visites de contrôle, resteront en réalité particulièrement aléatoires, tant dans l'application de la loi de 1838 que dans celle de 1990. Faivre<sup>313</sup> critiqua également la loi de 1838 lors de sa promulgation, adoptée selon lui « sous l'empire d'une erreur irréféchie, relativement aux dangers que court la liberté individuelle dans les établissements consacrés au traitement de l'aliénation mentale ». En fait, le changement majeur résida dans un renversement de principe. Alors que la loi de 1838 était basée sur l'enfermement, dans la loi de 1990, l'hospitalisation libre est devenue le principe et l'hospitalisation sous contrainte l'exception. De plus, des garanties nouvelles de communication et de recours ont été introduites pour le patient hospitalisé sous contrainte. Cependant, ces garanties relatives à l'intervention du juge restaient à l'initiative du patient ou à celle des proches *a posteriori* de la décision. Dans la loi de 1990, les droits des patients et notamment le droit à la liberté, étaient encore souvent considérés comme incompatibles avec la thérapie elle-même. Pour les soignants, ces revendications allaient à l'encontre de la nécessité des soins. Les réclamations de patients étaient largement considérées comme pathologiques et interprétées d'une manière péjorative à leur égard. Ces réclamations étaient souvent interprétées comme une « paranoïa procédurière ». Le nombre de recours au juge est donc resté très marginal quelles que soient les juridictions. Pourtant, chaque fois que le juge a pu être saisi il a sanctionné les irrégularités et infractions.

Déjà en 1990, plusieurs voix se sont élevées contre le vote hâtif d'un texte ambigu sous prétexte de l'actualité du bicentenaire de la Révolution. La controverse visait précisément les risques induits par la contrainte et l'absence de consentement face au respect des libertés individuelles. Pour les détracteurs du texte, la contrainte de soins entraînait la négation de la liberté pour le patient, mais aussi une atteinte à la liberté d'exercice de l'art par le psychiatre. Cette loi était largement empreinte d'un paternalisme juridique consistant à interférer sur les décisions et les actions d'une personne, contre sa volonté et pour l'empêcher de se nuire à elle-même. En l'occurrence, le législateur a adopté une loi qui mettait en cause des droits fondamentaux en décidant ce qui est bon pour les sujets de droit. Ainsi, cette loi protectrice qui relevait d'une forme de paternalisme législatif, visait le plus grand bien des individus. De fait, elle comportait des mesures d'interdiction de coercition ou des dispositions attentatoires à la liberté des personnes. Son application a maintenu une relation asymétrique situant le patient en infériorité. Il y a la surveillance par celui qui dispose de la sagesse et du pouvoir d'une part. D'autre part, il y a la dépendance d'un individu, considéré comme dépourvu de la capacité à être un sujet, à la fois libre et conscient. En cela, la non reconnaissance d'un refus de soins au seul malade mental, constitue bien une expression de ce paternalisme. Cette logique paternaliste se retrouve également, lorsque les troubles représentent des risques, envers l'ordre public ou la sûreté des personnes. Cependant dans ce

---

311 FERRUS. G, *Des aliénés. Extrait du chapitre sur la question du placement des aliénés*, Paris, 1834, [psychiatrie.histoire.free.fr](http://psychiatrie.histoire.free.fr)

312 FALRET. J-P, *Observations sur le projet de loi relatif aux aliénés*, Paris, 1837, [psychiatrie.histoire.free.fr](http://psychiatrie.histoire.free.fr)

313 FAIVRE. A, *Examen critique du projet de loi sur la séquestration des aliénés*, Lyon, 1838, [psychiatrie.histoire.free.fr](http://psychiatrie.histoire.free.fr)

second cas, la loi étend alors sa protection, non seulement au patient, mais également aux tiers à qui ce dernier pourrait occasionner des dommages.

## **§2. La privation de liberté individuelle au regard de l'ordre public et de la police administrative.**

La police administrative générale a pour objet de prévenir les troubles à l'ordre public. Cette police administrative est foncièrement différente de la police judiciaire, qui vise à constater les infractions et à rechercher leurs auteurs. L'un des apports essentiels de la jurisprudence administrative consiste à garantir un juste équilibre entre les exigences de l'ordre public et la protection de la liberté. La protection des libertés fondamentales est d'origine prétorienne, c'est le juge administratif qui a imposé la garantie de protection des droits de l'homme. Le commissaire du gouvernement Corneille a développé cette position dans ses conclusions sur l'arrêt *Baldy* du 17 août 1917. Pour déterminer l'étendue du pouvoir de police dans un cas particulier, il faut rappeler que ces pouvoirs engendrent toujours des restrictions aux libertés des particuliers. Il faut donc « partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police l'exception ». Le Conseil constitutionnel contrôle dans la loi la conciliation entre la protection des libertés et la préservation de l'ordre public. Cependant, il n'a jamais défini l'ordre public, même si celui-ci a été l'un des premiers objectifs dégagés par les sages. Il a ainsi jugé en 1981<sup>314</sup> que la liberté d'aller et venir doit être conciliée avec le maintien de l'ordre public, objectif d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel s'est érigé en protecteur des droits et libertés des citoyens et en garant de l'Etat de droit depuis sa décision du 16 juillet 1971<sup>315</sup>. Cependant les sages n'ont pas hiérarchisé les sources du bloc de constitutionnalité et par voie de conséquence il n'y a pas de hiérarchie entre les droits et libertés des citoyens. Le Conseil constitutionnel dispose ici d'une latitude très importante pour concilier les droits et libertés dont il garantit le respect.

La définition de l'ordre public utilisée en droit administratif français est énoncée au Code général des collectivités territoriales<sup>316</sup> traitant des pouvoirs de police du maire. L'ordre public est constitué de trois dimensions essentielles. Il s'agit de la sécurité publique, ce qui renvoie à la prévention des risques d'accidents, de dommages aux personnes et aux biens. La deuxième concerne la salubrité publique, qui prévient les risques de maladie, de pollution et de toute atteinte à la santé publique. Enfin, l'ordre public obéit à l'exigence de tranquillité, qui préserve le calme des citoyens contre les risques de désordres. La protection de la dignité de la personne humaine repose sur une source constitutionnelle spécifique dans le Préambule de la Constitution de 1946. Elle repose également sur la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>317</sup> *Commune de Morsang-sur-Orge*. Au regard du bloc de constitutionnalité, l'ordre public est explicitement mentionné seulement à l'article 11 de la DDHC, et à propos de la liberté d'opinion et religieuse. Textuellement, nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

Le juge récuse les mesures générales de restriction de liberté et exige qu'elles soient adaptées et proportionnées. Ce principe de proportionnalité est essentiel. Depuis 1933, le Conseil d'Etat<sup>318</sup> vérifie si la mesure de police prise, non seulement est justifiée par rapport aux circonstances, mais également si elle est adaptée et proportionnée à la menace pesant de manière effective sur l'ordre public. Le Conseil d'Etat exerce donc un véritable contrôle de proportionnalité sur les mesures de police administrative. Cette exigence est également conventionnelle figurant dans le droit européen. L'article 8 de la Convention européenne l'affirme spécifiquement à propos du respect de la vie privée. Ainsi, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale mais « il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant cette ingérence est prévue par la loi et

---

314 CC, décision du 20 janvier 1981, n° 80-127 DC.

315 CC, décision du 16 juillet 1971, n° 71-44 DC.

316 Art L 2212-2 du CGCT.

317 CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, publié au recueil Lebon.

318 CE, 19 mai 1933, n° 17413 17520, *Benjamin*, publié au recueil Lebon.

qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire [...] à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Les restrictions de libertés liées aux soins psychiatriques contraints bénéficient d'une exigence de proportionnalité posée par le législateur. L'article L.3212-3 du CSP dispose que « lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux est hospitalisée sans son consentement [...], les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être limitées à celles nécessitées par son état de santé et la mise en œuvre de son traitement [...] ». Cette exigence avait été rappelée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 novembre 2010<sup>319</sup>. Ainsi, selon les sages, « l'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ». Il appartient au législateur de vérifier que « les atteintes portées à l'exercice de ces libertés (sont) adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis [...] ». Le juge administratif a également rappelé cette exigence, en annulant des dispositions excessives du règlement intérieur d'une unité de soins psychiatriques interdisant toute relation sexuelle. En l'espèce, la Cour administrative d'appel de Bordeaux<sup>320</sup> a retenu que l'ingérence par une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée, qui constitue une liberté individuelle, d'une personne atteinte de troubles mentaux et hospitalisée sans son consentement, ne peut être légale « que si elle répond à des finalités légitimes et qu'elle est adéquate et proportionnée au regard de ses finalités [...] ».

Le Conseil constitutionnel considère que la liberté d'aller et venir doit être conciliée avec le maintien de l'ordre public. Ce raisonnement prend source dans l'article 4 de la DDHC, puisque la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. De même, dans la Convention européenne, certaines libertés peuvent faire l'objet de restrictions nécessaires à la sécurité nationale, à la sûreté publique et à la défense de l'ordre. Le maintien de l'ordre public constitue une nécessité permettant l'exercice même des libertés. Cela justifie que, dans certaines circonstances, les libertés puissent être limitées pour le sauvegarder. Ce pouvoir de limitation appartient exclusivement au législateur, dans le cadre de sa compétence d'attribution, prévue à l'article 34 de la Constitution. Il appartient au législateur de concilier impérativement les deux principes de liberté et d'ordre public qui doivent s'équilibrer. Le juge G. Thiel porte une appréciation sévère à propos de la compétence du législateur. Il considère que le législateur « ne doit pas se réfugier derrière le principe de précaution qui souvent est la porte ouverte à la lâcheté politique, (ce) qui pourrait conduire à une société complètement cadenassée<sup>321</sup> ». En l'occurrence, pour les soins psychiatriques, les mesures de police administrative, limitant l'exercice des libertés, doivent être justifiées par des troubles mentaux qui représentent une menace réelle pour l'ordre public. Bien sûr, la notion de sûreté renvoie dans ce cas à la protection contre les dangers ou menaces, et non à la protection contre les internements arbitraires. Les restrictions de libertés doivent donc rester dans les limites strictement nécessaires et proportionnées au maintien de l'ordre public. Jusqu'en 2011, cet équilibre était contrôlé par le juge administratif sur son aspect formel, seulement à la condition qu'il soit saisi. Le juge judiciaire pouvait également contrôler le fondement des décisions, mais lui aussi dans la mesure où il était saisi.

En 1990, le législateur a modifié la rédaction de la loi de 1838 en abandonnant la conjugaison au conditionnel. Il a voulu restreindre les motivations d'hospitalisation d'office aux seuls comportements qui « compromettent » l'ordre public de manière effective et actuelle. Cette modification de conjugaison dans la rédaction, évoluant du conditionnel à l'indicatif, était censée mieux préserver les libertés. Cependant, l'interprétation générale, constante depuis 1991, a considéré que l'indicatif utilisé dans la loi englobait les situations avérées mais également potentielles. La loi du 4 mars 2002 a seulement précisé que le trouble à l'ordre public devait être « grave ». Mais, dans la mesure où l'ordre public est en soi une notion délicate à appréhender, préciser la gravité du trouble sans le définir au préalable s'est révélé

319 CC, décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, cons 16.

320 CAA de Bordeaux, 6 novembre 2012, n°11BX01790, Inédit au recueil Lebon.

321 THIEL. G, Solitude et servitudes judiciaires, Fayard, 2008.

d'une portée plutôt limitée. En conséquence, l'utilisation de l'hospitalisation d'office n'a pas toujours correspondu à l'esprit d'une loi qui pêchait à l'évidence par l'absence de critères clairs. Le législateur n'a pas clarifié les notions d'« atteinte » et de « menace ». Dans la pratique, le concept d'« atteinte » ou de « menace grave à l'ordre public » ne constitue pas une définition juridique présentant des garanties supplémentaires contre les internements abusifs. C'est d'ailleurs ce que soulignait l'HAS<sup>322</sup> dans ses conclusions en 2005, demandant que soit clarifiée la notion de trouble grave à l'ordre public pour une hospitalisation d'office. En conséquence, suite à la loi de 1990 et après la loi de 2002, nous étions toujours face à une mesure uniforme et sans nuance quel que soit le risque. Il est pourtant clair que le risque pour la sécurité publique est potentiellement plus grave que le risque pour la tranquillité ou la salubrité publique. Ces derniers recouvrent pour l'essentiel soit des tapages, soit des situations d'incurie, occasionnés par des personnes atteintes de troubles mentaux. Le critère imprécis du « trouble grave à l'ordre public » était d'ailleurs rarement caractérisé dans les arrêtés préfectoraux, dans la mesure où ces derniers, étaient très rarement contrôlés par le juge. Jusqu'à la réforme de 2011, ce critère de trouble à l'ordre public était encore très souvent utilisé pour faire hospitaliser tous ceux qui ne mettaient en péril ni eux-mêmes ni les tiers. Simplement, leur mode de vie dérangeait le corps social et les autorités locales.

L'initiative de la décision d'hospitalisation sans consentement par le préfet, ou par le directeur, pose un problème de légitimité. En matière d'internement psychiatrique, la décision de police administrative, relève par principe, du représentant de l'Etat. Celui-ci est soumis à l'autorité hiérarchique du pouvoir exécutif. Il prend des décisions de privation de liberté sans être indépendant au sens constitutionnel. Il s'agit là d'une anomalie au regard du principe constitutionnel<sup>323</sup> de séparation des pouvoirs, puisque seul le juge indépendant peut prononcer une décision de privation de liberté. Rappelons que la loi de 1838 a redonné à l'administration le pouvoir d'interner et que ce pouvoir lui a été renouvelé en 1990. Après la seconde guerre mondiale, puis sous les IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> Républiques, malgré des avancées notoires, l'internement administratif n'a pas été remis en cause.

Par exception en situation de troubles manifestes, l'hospitalisation d'office présente la particularité de pouvoir être initiée par le maire à titre provisoire. Jusqu'au mois d'octobre 2011, ce dernier pouvait même initier la mesure sur le seul critère improbable de la notoriété publique. En effet, la notoriété publique renvoie largement à la notion de morale publique citée à l'alinéa 6 de l'article L.2212-2 du Code général des collectivités territoriales. La morale publique est définie par le juge administratif comme « le minimum d'idées communément admises à un moment donné par la moyenne des citoyens<sup>324</sup> ». Cette notion de morale publique, considérée comme composante de l'ordre public, remonte à la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale. A cette époque, en règle générale un comportement bizarre, une expression baroque ou simplement divergente, préjugeaient d'un trouble mental. Aujourd'hui, la situation a partiellement évolué. Le Doyen Hauriou a d'ailleurs rappelé que si la police administrative « s'essayait à pourchasser les désordres moraux, elle verserait immédiatement dans l'inquisition et dans l'oppression des consciences<sup>325</sup> ». S'il est largement admis désormais qu'un comportement choquant les consciences ne reflète pas forcément un trouble mental, pour autant il constituait encore un critère fréquent d'internement. Nous verrons que ce critère de moralité, concrétisé par la référence à la notoriété publique et permettant à lui seul un internement, a été censuré le 6 octobre 2011 par le juge constitutionnel.

En ce qui concerne les décisions d'internements au regard du statut des établissements d'accueil, dans sa décision<sup>326</sup> du 26 novembre 2010, le Conseil constitutionnel a jugé qu'aucune règle ni principe constitutionnel n'empêchait l'accueil des personnes hospitalisées sans leur consentement dans des

---

322 Recommandations pour la pratique clinique Modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, HAS / Service des Recommandations Professionnelles / Avril 2005.

323 Art 66 de la Constitution.

324 CE, 20 décembre 1957, Sté nationale d'éditions cinématographiques.

325 HAURIOU. M, *Précis droit administratif*, 12<sup>e</sup> éd, Dalloz 2002, p. 549-550.

326 CC, décision du 26 novembre 2012, n° 2010-71 QPC.

établissements privés. Il s'agit dans ce cas, des décisions du directeur d'établissement, sur demande d'un tiers. Pour les sages, cette mission de santé publique ne peut être assimilée à la mission de surveillance pénitentiaire ou à la mission de surveillance, des personnes en rétention. Dans ces derniers cas, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il s'agissait de missions de souveraineté qui ne pouvaient être déléguées à des personnes privées. Cependant, cette position consistant à confier les décisions de restriction ou une privation de liberté, certes sans connotation pénale, à une personne morale privée, paraît toutefois contestable. Cela interroge puisque, dans le même temps, elles doivent être contrôlées par le juge, ainsi que par le contrôleur général des libertés.

### **§3. Le refus de la judiciarisation systématique de l'internement psychiatrique.**

Le Code civil de 1804 prenait en compte l'altération des facultés intellectuelles en reprenant le régime d'interdiction issu de l'Ancien régime. L'article 510 de l'ancien Code civil disposait que, selon les caractères de la maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille pouvait arrêter que le patient soit traité, soit dans son domicile ou placé dans une maison de santé ou un hospice. Le juge recueillait des témoignages, faisait comparaître les différents protagonistes et interrogeait le patient avant de prendre un arrêt d'interdiction et parfois de séquestration dans une maison dénommée de force. Il intervenait généralement sur demande de la famille ou plus rarement du procureur de la République. Cette mesure concernait les personnes qui présentaient un état habituel qualifié d'« imbécillité, de démence ou de fureur<sup>327</sup> ». L'interdiction prononcée par le tribunal de première instance entraînait systématiquement l'ouverture de la tutelle. L'interdit était considéré comme mineur pour la protection de sa personne et de ses biens et le tuteur désigné devait agir à la place du protégé interdit. Ce dernier était chargé, à la fois de gérer les biens et de protéger la personne. En cas d'amélioration ou de guérison, un jugement pouvait ordonner la mainlevée de la mesure d'internement qui faisait cesser l'interdiction. Le régime d'interdiction, existant depuis 1804, s'avéra rapidement inadapté à la situation des majeurs ayant besoin d'être isolés pour raison thérapeutique. Le Code civil de 1804 encadrait peu les internements psychiatriques et laissait au conseil de famille le soin de décider où devait être traité le patient. Paradoxalement, l'interdiction qui constituait pourtant le seul support législatif, fut très peu utilisée comme cadre légal de l'internement avant 1838. C'est le pouvoir administratif du préfet, plus rapide, qui fixait les modalités concrètes du dispositif d'internement. Avec la loi de 1838, le législateur a voulu remédier à cet état de fait. Le rapport présenté devant la Chambre des pairs précisait que le projet de loi avait essentiellement « pour objet de prévenir les demandes en interdiction<sup>328</sup> ». La loi du 30 juin 1838 a finalement prévu l'ensemble des mesures adaptées à la prise en charge des aliénés. Elle organisait non seulement le dispositif d'internement des malades mentaux, mais également leur accueil et la gestion de leurs biens.

Quelques exemples viennent démontrer que la loi de 1990 a continué de permettre le détournement d'usage de l'hospitalisation sans consentement. C'est le cas de l'hospitalisation d'une personne en urgence pour trouble à l'ordre public, sur décision du maire ou d'un adjoint de permanence, sur la base de la seule notoriété publique, dans l'impossibilité de trouver un médecin disponible. Cela pouvait concerner, par exemple, le maintien d'un patient à l'hôpital faute de logement ou pour apaiser des troubles du voisinage. Ces dérives ont été rendues possibles par l'absence de précisions sur la notion de « trouble grave à l'ordre public ». Malgré le caractère exceptionnel que devaient revêtir les mesures de police administrative, l'hospitalisation d'office, motivée par la nécessité de soins est devenue un mode de retour aux soins pour des personnes connues, mais en situation de rupture. L'hospitalisation d'office, motivée par la non-assistance à personne en danger, a constitué un autre cas de figure de détournement des dispositions législatives. Il s'agissait le plus souvent de l'hospitalisation contrainte en dehors d'une pathologie psychiatrique. On a pu de même relever plusieurs cas d'hospitalisation sur décision du préfet, pour des personnes sans domicile fixe, en période de grand froid. Pourtant, s'il est évident qu'il faut agir, en vue d'assistance à personne en danger, l'hospitalisation d'office est par contre

---

327 Art 489 de l'ancien Code civil.

328 Chambre des députés, séance du 29 juin 1837.

tout à fait inappropriée dans ces cas. Plus généralement, ce type de pratique a posé le problème du fondement des soins somatiques contraints. Le droit d'ingérence sanitaire, consistant à hospitaliser de force toutes les personnes malades qui se mettent en danger en l'absence de trouble psychiatrique, n'a aucune légitimité. Le Code de la santé publique<sup>329</sup> reprend ce principe intangible en disposant qu'aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne. Ce consentement peut être retiré à tout moment et recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les soins proposés, le médecin doit respecter ce refus<sup>330</sup>. La jurisprudence de la Cour de cassation<sup>331</sup> avait préalablement rappelé ce principe du refus de soins en 1997. Elle s'appuyait en l'occurrence, sur l'article 16-3 du Code civil, précisant qu'on ne saurait contraindre quiconque à une intervention chirurgicale.

À ce stade de la réflexion, revenons au contexte général pour mettre en évidence certaines dérives potentielles encore non envisagées. La sûreté est une notion à double sens qui peut engendrer une confusion en particulier dans les soins psychiatriques sans consentement. Si elle recouvre les garanties protectrices des libertés et notamment l'accès au juge, elle signifie aussi la protection des personnes et des biens. En cela, elle rejoint les impératifs nécessaires au maintien de l'ordre public. Nous venons de voir que l'ordre public dans ses trois dimensions constituait notamment une prérogative du maire. En 1999, la Direction générale de la santé estimait à soixante-sept pour cent des hospitalisations d'office en urgence, le nombre de mesures provisoires d'hospitalisations décidées par des maires<sup>332</sup>. On peut donc légitimement questionner la responsabilité des élus en la matière. De même, nous avons relevé les disparités territoriales importantes existantes en matière d'internement. Il existe un risque consistant à recourir aux soins sans consentement, sur des considérations de risque pour la sûreté ou l'ordre public, en fonction du niveau de tolérance admis par la municipalité en place. Si ce phénomène existait déjà, il risque de perdurer voir s'amplifier, puisqu'il n'existe aucune analyse des disparités territoriales d'internements. Enfin, il serait injuste de ne retenir que le seul facteur de politique sécuritaire, car la taille des communes influence aussi la nature des décisions. En effet, les distances symboliques et physiques entre l'élu et ses administrés ont amené une gestion différenciée de l'hospitalisation d'office. Cette approche peut prendre une forme distanciée et impersonnelle dans un grand centre urbain. A *contrario*, elle peut être personnalisée à l'excès dans les petites communes avec présence de l'élu tout au long du processus, de l'appel des services spécialisés jusqu'au retour de la personne au domicile. Il ressort de plus, des témoignages d'élus municipaux<sup>333</sup>, qu'une interrogation persiste quant à la définition de l'urgence justifiant une hospitalisation d'office. Certes, la loi permet à l'élu de signer un arrêté provisoire d'hospitalisation d'office en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes<sup>334</sup>, mais les élus critiquent l'ambiguïté entourant le critère d'urgence. Pour les édiles, la priorité entre urgence de prévention sanitaire ou de sécurité publique n'est pas suffisamment précisée.

Outre les situations intéressant la sécurité et l'ordre public, certaines dispositions précises de la loi de 1990 ont également été détournées au regard du statut du tiers demandeur de soins. En 1990, le législateur a limité la qualité de tiers susceptible de demander une hospitalisation psychiatrique sans consentement. Seul est habilité un membre de la famille, ou une personne susceptible d'agir dans l'intérêt du patient, ceci à l'exclusion du personnel soignant de l'établissement d'accueil. Malgré cette restriction légale, au début des années 2000, dans trente pour cent des cas les demandes étaient rédigées par des personnes ne connaissant pas le patient. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat<sup>335</sup> a précisé et strictement délimité la qualité du tiers. Celui-ci doit justifier de relations antérieures lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt du patient. Le 1<sup>er</sup> juin 2011, le tribunal administratif de Paris s'est

---

329 Art L.1111-4 du CSP.

330 Art R.4127-36 du CSP.

331 Cass, 2<sup>e</sup> ch Civile, 19 mars 1997, n°93-10914.

332 Rapport de mission remis au Ministère de l'Emploi et de la Solidarité et au Ministère délégué à la santé : « De la psychiatrie vers la santé mentale », Piel-Roelandt, juillet 2001.

333 Séminaire de recherche-action. Délégation Interministérielle à la Ville (DIV)- Observatoire National des Pratiques en Santé Mentale et Précarité (ONSMP)-ORSPERE, (2003-2004) sur le thème « Les maires et les élus locaux dans la nouvelle donne de la santé mentale. »

334 Art L.3213-2 du CSP (ancienne version).

335 CE, 3 décembre 2003, n°244-867.



montré plus exigeant. En l'espèce, le fait de se présenter comme « ami » ne suffisait pas à remplir les conditions de tiers justifiant de relations antérieures permettant d'agir dans l'intérêt du patient. La réticence des familles à faire hospitaliser un proche expliquait les difficultés à mettre en place une hospitalisation sans consentement, en l'absence de danger imminent pour l'ordre public ou la sûreté des personnes. Une hospitalisation d'office abusive était alors prononcée à défaut de tiers, mais en dehors des cas de dangerosité prévus par la loi. L'hospitalisation d'office est venue, dans ce cas, combler un vide juridique concernant les cas de nécessité de soins sans consentement, en l'absence de tiers et en dehors de toute notion d'atteinte à l'ordre public ou à la sûreté des personnes.

Les décisions d'hospitalisation sans consentement dépendent également de l'offre de soins, mais aussi de l'organisation des prises en charge en amont et en aval de l'hospitalisation. A ce propos, le débat concerne également l'accès aux services d'urgences, le suivi ambulatoire, la place de la médecine de ville et les délais pour obtenir une consultation. La politique locale de logement, d'accompagnement social ainsi que tous les partenariats avec les différents institutionnels est aussi largement concernée. Les effets de la loi de 1990 ont été paradoxaux parce qu'ils se sont conjugués avec une modification importante, à la baisse, de l'offre de soins. Alors qu'elle affirmait l'hospitalisation sans consentement comme exception, nous avons assisté à une augmentation très importante des hospitalisations sous contrainte. Il semble que la diminution des capacités d'hospitalisation et une tolérance sociale plus faible en soient une partie des causes. Le constat d'écart importants du nombre d'hospitalisations sous contrainte, d'un département à l'autre, et sans explication rationnelle, pose également problème. Des pratiques médicales et administratives variables d'une région à l'autre ont en effet engendré de fortes disparités locales avec des variations pour les HDT (1 à 5) et pour les HO (1 à 9)<sup>336</sup>. Cette tendance, qui constitue une véritable rupture d'égalité devant la loi, a été clairement objectivée, dans le rapport d'activité des Commissions départementales d'hospitalisation psychiatriques, relatif aux années 2000 à 2003<sup>337</sup>. Quant aux responsabilités des directeurs, en entérinant régulièrement les admissions en urgence, ils ont « sapé » les garanties initiales introduites par la loi de 1990 en tolérant que l'exception de l'urgence devienne le principe. En l'occurrence, les certificats légaux nécessaires à la poursuite des séjours étaient formellement établis mais la pertinence de leur contenu était secondaire.

Il faut mettre au crédit de la jurisprudence ainsi que de la loi de 1990 la fin d'un régime très particulier appliqué aux malades mentaux. Il s'agit de la rémunération des malades mentaux par un « pécule ». Cette pratique asilaire, détournait des dispositions initiales, liées à la psychothérapie institutionnelle. Il s'agissait à l'origine de clubs thérapeutiques qui organisaient la vie quotidienne des services en assumant la responsabilité des achats et des dépenses. Il s'agissait de gestion de cafétéria, d'ateliers créatifs ou de production. Plus récemment, en échange de travaux dans les cuisines ou la lingerie de l'établissement ou de nettoyage, mais sans portée thérapeutique, les patients recevaient l'équivalent de cinq timbre-postes par jour, et un pécule de cinquante Francs par mois<sup>338</sup>. Cette pratique, qui a perduré jusqu'au milieu des années 1990, a d'ailleurs fait l'objet de poursuites envers certains établissements pour travail forcé. Le CHS de Perray-Vaucluse s'est vu ainsi condamné par le Tribunal de grande instance de Paris<sup>339</sup> en 2006. La juridiction a décidé d'allouer une indemnisation en réparation de la contrainte et du travail effectué par le plaignant, pendant son internement, tant sous le régime du placement d'office que du placement libre. La disposition de travail forcé condamnée, se fondait sur une circulaire et un arrêté ministériel de 1958 qui dérogeaient au Code du travail. A l'origine, la circulaire de 1958, impulsée par les psychiatres désaliénistes, aménageait le travail thérapeutique et officialisait l'existence des clubs thérapeutiques. Elle permettait que l'argent gagné dans les ateliers revienne à ceux qui y travaillaient. Ce dispositif, reposait sur des associations et se composait, à la fois de soignants et de personnalités extérieures au soin. Cependant, les textes de 1958 accompagnant la psychothérapie institutionnelle, ne reposaient sur aucune référence législative permettant de déroger à

336 DGS/ Rapports d'activité des CDHP/ données statistiques. INSEE. Estimations de population au 1er janvier 2007.

337 Circulaire DGS/SD6C 2006-346, 1er août 2006, relative au rapport d'activité des commissions départementales des hospitalisations psychiatriques, pour l'année 2005.

338 Circulaire du 4 février 1958 relative à l'organisation du travail des malades mentaux en traitement dans les hôpitaux psychiatriques.

339 TGI de Paris, 1ère chambre, 3ème section, 6 novembre 2006, n° RG / 04/01899.

l'application du Code du travail. Dénué sur la fin de tout sens thérapeutique, ce travail forcé appliqué aux malades mentaux s'est avéré contraire à l'article 4 de la Convention européenne, disposant que nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.

### **A. Une décision administrative du directeur ou du représentant de l'Etat.**

Alors que, depuis 1788, tout internement supposait un jugement d'interdiction, en 1838 l'administration a reçu officiellement le pouvoir d'interner par l'intermédiaire du préfet ou du directeur d'établissement. Cette disposition était assortie seulement d'un recours judiciaire facultatif et *a posteriori*. En vertu de l'article 29 de la loi de 1838, toute personne placée ou retenue dans un établissement d'aliénés, mais également : son tuteur, son curateur, tout parent ou ami, pouvaient à tout moment se pourvoir devant le tribunal. Ce dernier ordonnait les vérifications nécessaires et éventuellement la sortie immédiate. La loi de 1838 faisait bien référence aux « vérifications nécessaires », mais elle ne prévoyait ni un débat contradictoire, ni une motivation des décisions. Curieusement, c'est à l'occasion du bicentenaire de la Révolution que ce pouvoir arbitraire d'internement administratif *a priori*, a été renouvelé. Le sénateur H. Caillavet avait déposé en 1978 une proposition de loi, tendant à modifier les modes de placement prévues par la loi de 1838<sup>340</sup>. Il souhaitait donner, comme dans la législation psychiatrique de nombreux Etats européens, après expertise psychiatrique, la compétence au président du Tribunal de grande instance pour prononcer la mesure d'internement. Il souhaitait laisser seulement la possibilité aux préfets d'intervenir en amont, en cas d'urgence, mais sa proposition fut rejetée. Il faut attendre 1981 et la loi « sécurité et liberté »<sup>341</sup> pour que les droits des personnes hospitalisées sans leur consentement connaissent un véritable renforcement. C'est la loi de 1981 qui a imposé au président du Tribunal de grande instance, d'organiser un débat contradictoire et de motiver sa décision, lorsqu'il était saisi d'une demande de mainlevée. Il s'agissait en l'occurrence de la première modification significative de la loi de 1838.

En 1990, un amendement visant à confier la décision d'hospitalisation d'office, au juge des tutelles, fut présenté par le sénateur Dreyfus-Schmidt mais ne fut pas retenu<sup>342</sup>. Dans l'exposé des motifs de la loi de 1990 devant le Sénat, le ministre C. Evin précisait que l'année de célébration du bicentenaire de la Révolution française et de la proclamation des DDHC, offrait à notre société l'opportunité de s'interroger sur la réalité des droits des malades mentaux. Le Gouvernement se voulait résolu à préserver et promouvoir les libertés individuelles de ces personnes, tout en garantissant aide et protection à celles qui ne sont pas en mesure de donner un consentement éclairé à des soins pourtant nécessaires à leur état. Malgré ce discours ambitieux, le Conseil d'Etat et son expertise n'a pas été associé à l'élaboration de la loi. De même, le texte ne sera pas soumis *a priori* au contrôle de constitutionnalité. Le juge constitutionnel précisait qu'en matière de police des étrangers, toute mesure privative de liberté de plus de trois jours, décidée par l'administration, n'était pas conforme à la Constitution. Selon les sages, passé ce délai seul le juge de l'ordre judiciaire pouvait valablement décider de telles atteintes. Faute d'avoir pu recueillir les soixante signatures de parlementaires, nécessaires à la saisine du Conseil constitutionnel, la loi du 27 juin 1990 n'a pu être soumise au contrôle des sages avant sa promulgation. La judiciarisation systématique ne sera finalement pas retenue. C'est la révision constitutionnelle, instaurant la question prioritaire de constitutionnalité qui permettra la censure de la loi de 1990, en se référant à l'article 66 de la Constitution.

Concrètement, la Chancellerie a basé son argumentation de refus d'intervention du juge systématique, essentiellement au regard des problèmes de moyens. Elle a considéré que, par manque de magistrats, la judiciarisation risquait de perturber l'efficacité et la rapidité des procédures d'hospitalisations sous contrainte. La saisine facultative du juge, bien que rarement utilisée avait pourtant fait ses preuves. A ce propos, l'examen de la situation d'une patiente internée par arrêté préfectoral du 6 mai 2002 est

---

340 Débats parlementaires Sénat, 17 septembre 1981, seconde session extraordinaire 1980-1981- compte rendu intégral- 5e séance- J.O.R.F 18 septembre 1981 n° 43 S p. 1547 et suivantes.

341 Art L.351 du CSP 1990, modifié par la loi n°81-82 du 2 février 1981. Version en vigueur du 3 février 1981 au 30 juin 1990.

342 Débats parlementaires, Sénat, séance du 17 avril 1990, J.O.R.F, mercredi 18 avril 1990 p.343.

exemplaire. Cette patiente avait fait l'objet d'une mesure d'hospitalisation d'office pour une durée d'un mois à compter du 4 mai 2002. Le préfet avait ordonné le maintien de l'hospitalisation d'office par arrêté en date du 31 mai 2002. La patiente contestait devant le tribunal administratif la légalité de cet arrêté puisqu'il était intervenu plus de trois jours avant l'expiration du premier mois d'hospitalisation. En cela, il méconnaissait les conditions de délai prévues à L.3213-4 du CSP. Dans un premier temps, le Tribunal administratif puis la Cour administrative d'appel ont rejeté les demandes de la patiente. Le Conseil d'Etat<sup>343</sup> lui a finalement donné raison. En l'espèce, pour la Haute juridiction administrative, la Cour administrative d'appel avait commis une erreur de droit, en estimant que l'arrêté intervenu quatre jours avant l'expiration de la période d'hospitalisation précédente, et prolongeant l'hospitalisation d'office, était sans incidence sur la légalité de la décision. Cette jurisprudence du Conseil d'Etat, mentionnée au recueil Lebon, démontre que la justice administrative faisait bien son œuvre, mais à la condition que les requérants aient la persévérance d'utiliser tous les recours.

Le Groupe Information Asile (GIA) présenta en 1989 sans succès une proposition de loi. L'intitulé prévoyait que le « placement d'office » soit remplacé par « placement par autorité de justice ». Ce dispositif envisageait, après débat contradictoire et vérifications nécessaires, que le Tribunal de grande instance puisse ordonner l'assignation à résidence ou le placement. Cela concernait toute personne, dont l'état d'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes. La mission d'inspection de 2005<sup>344</sup> a pour sa part confirmé les arguments initiaux de la Chancellerie, relatifs aux moyens nécessaires. Elle s'est de nouveau prononcée contre une judiciarisation systématique. Sur le plan politique, quelques voix contraires se sont élevées, et notamment celle du député A. Montebourg en 2003, dans une question au Gouvernement<sup>345</sup>. Il rappelait alors que la France était le seul pays européen à avoir conservé un système administratif de placement psychiatrique. Pour le député, ce choix se révélait en contradiction, avec la recommandation<sup>346</sup> du Conseil de l'Europe de 1994. Celle-ci préconisait, qu'en cas de placement non volontaire, la décision du placement dans un établissement psychiatrique soit prise par un juge. En 2000, le groupe de travail<sup>347</sup> sur la psychiatrie et les droits de l'homme du Conseil de l'Europe a confirmé sa première recommandation. Il a engagé les pays membres à élaborer un instrument juridique européen visant à la protection des personnes atteintes de troubles mentaux. Malgré ces recommandations récurrentes, le Gouvernement français a opposé une fin de non recevoir, quant à la judiciarisation systématique. Il s'est appuyé sur la rédaction des recommandations faisant état soit d'un organe judiciaire, soit de toute autre « autorité appropriée » qui soit désignée par la loi. Le Gouvernement a ainsi considéré que le préfet, tout comme le directeur d'établissement, répondaient en l'occurrence à la définition d'« autorité appropriée ». En 2007, le député G. Hage a déposé une nouvelle proposition de loi<sup>348</sup> relative aux internements psychiatriques. Il proposait que les chefs d'établissement ayant admis une personne en hospitalisation à la demande d'un tiers, saisissent sans délai le juge des libertés et de la détention. Ce dernier devait alors se prononcer au-delà de soixante-douze heures d'hospitalisation, mais dans un délai maximum de sept jours. Le juge devait effectuer les vérifications nécessaires, et se prononcer après débat contradictoire sur la légalité, tant interne qu'externe de la mesure, ainsi que sur la nécessité de sa prolongation. Cette proposition de loi, unifiant le dispositif de soins sous contrainte sous l'égide du seul juge judiciaire, ne fut pas plus retenue.

En 1990, le corps médical était à l'évidence peu favorable à la judiciarisation de l'internement psychiatrique. Ce réflexe peut s'expliquer par deux aspects particuliers. Tout d'abord, les psychiatres ne

---

343 CE, 27 mai 2011, n° 330266, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

344 Mission IGAS / IGSJ, propositions de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes, hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, A.LOPEZ, I.YENI, M.VALDES-BOULOUQUE, F.CASTOLDI, mai 2005.

345 Question écrite du député Montebourg du 12/05/03 - n° 18110.

346 Recommandation n°1235, relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme, adoptée par le Conseil de l'Europe le 12 avril 1994.

347 CDBI du Conseil de l'Europe, livre blanc en date du 8 mars 2000 sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.

348 Proposition de loi n°3624, relative à la prise en charge médicale et aux droits des personnes atteintes de troubles mentaux, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 janvier 2007.

souhaitaient pas un examen et une éventuelle remise en cause de leur pratique médicale sur le fond. Ensuite, la dérive du corps judiciaire observée sous le régime de Vichy n'inspirait pas confiance aux psychiatres. La position du corps médical est d'ailleurs quelquefois encore équivoque. H. Bokobza déclarait en 2011<sup>349</sup>, que jusque-là, le système fonctionnait plutôt bien. Dans l'immense majorité des cas, le préfet suivait l'avis des médecins quand ceux-ci estimaient qu'il fallait faire sortir le patient. Cette position illustre une certaine réserve des psychiatres qui se seraient accommodés de l'internement administratif, dans la mesure où leur pouvoir de décision était respecté. Ce n'est qu'au milieu des années 1970 que les préjugés médicaux à l'égard du juge ont commencé à s'effacer, au vu des décisions rendues en matière de responsabilité. A partir de 1962, la jurisprudence des deux ordres a accompagné les évolutions de la discipline en légitimant les pratiques risquées dans l'intérêt des patients. Ce n'est qu'à partir du « virage sécuritaire », consécutif au discours d'Antony de 2008, et surtout de la diffusion de circulaires restrictives, que les psychiatres ont réellement pris conscience de la dérive autoritaire de l'exécutif. Cela les a rendus par voie de conséquences plus réceptifs à l'idée de judiciarisation. Cet état d'esprit péjoratif à l'encontre de la judiciarisation n'était cependant pas exclusif des praticiens. A titre d'exemple, M-T. Ferrisi<sup>350</sup> du syndicat SUD, soulignait que « la tournure judiciaire pourrait compromettre un signal clinique sur le chemin de la guérison par une prise de conscience des troubles ou l'acceptation du traitement ». L'alliance thérapeutique serait, selon elle, compromise par le simple fait de répondre au malade « C'est le juge qui décidera si vous continuez le traitement et/ou si vous sortez demain ». Cette interprétation témoigne de l'incompréhension de certains acteurs de terrain vis à vis du juge. Ils confondaient la nécessité des soins et la nécessité de privation de liberté, pourtant seul aspect sur lequel le juge est amené à statuer. Certains se sont même interrogés sur un éventuel prétexte politique à l'amenuisement du pouvoir médical, ce dernier étant transféré au ministère de la justice. *A contrario*, le syndicat SUD au niveau national<sup>351</sup> considère que l'intervention du juge constitue une avancée en matière de sauvegarde des libertés individuelles. Ces éléments démontrent bien l'existence d'analyses approximatives de certains détracteurs. En effet, là où l'arbitraire du préfet n'était pas remis en cause, l'intervention du juge semblait plus mal tolérée. De plus, l'assimilation du juge au ministère de la justice, montre à l'évidence, l'ignorance du principe d'indépendance du juge judiciaire, et de sa mission de gardien des libertés. A ce propos, G. Baillon<sup>352</sup> prenait le contre-pied de certains psychiatres, réfractaires à l'intervention du juge. Il remarquait que dans l'avis du 26 novembre 2010, le Conseil Constitutionnel n'avait pas demandé à la justice, d'instituer une nouvelle atteinte à la liberté des patients. Il s'était contenté de dénoncer une anomalie. G. Baillon considère que le Conseil Constitutionnel a simplement écorné « un tout petit peu l'abus de pouvoir des psychiatres », après cent soixante-dix ans d'abus. Sur le plan des principes constitutionnels, selon l'article 16 de la DDHC, toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. Ceci implique qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle aux droits des personnes d'exercer un recours effectif devant une juridiction<sup>353</sup>. De ce point de vue, le recours facultatif au juge des libertés prévu par la loi du 27 juin 1990 ne répondait pas aux exigences constitutionnelles. Il s'agissait d'une demande de mise en liberté et non d'un contrôle systématique de la validité de la décision prise. De plus, ce contrôle se faisait uniquement à la demande de l'intéressé et de certaines personnes limitativement énumérées. En définitive, les contrôles facultatifs du juge *a posteriori* prévus dans la loi de 1990, se sont révélés globalement rares, insuffisants et inefficaces.

## **B. Une information insuffisante du patient.**

La loi du 30 juin 1838 ne prévoyait aucune obligation d'information envers les internés à qui aucune capacité n'était reconnue. Le 21 février 1990, la CEDH a sanctionné le défaut d'information sur la situation juridique et sur les droits des personnes internées en psychiatrie par l'arrêt *Van der Leer c.*

349 BIENVAULT.P, « Des psychiatres s'élèvent contre la réforme des soins sous contrainte », La Croix. 14 mars 2011.

350 Quand la machine judiciaire prend le pas sur l'évaluation psychiatrique, syndicat SUD, CHS de Blain (44), M-T. Ferrisi, 27 novembre 2010.

351 Décision du conseil constitutionnel dans le cadre de la réforme de la loi du 27 juin 1990 sur les hospitalisations sous contrainte en psychiatrie : une brèche ouverte ? » Fédération SUD Santé sociaux, communiqué de presse, 1er décembre 2010.

352 BAILLON. G, Paris, 30 novembre 2010, *blogs.mediapart.fr*

353 CC, décision du 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

*Pays Bas.* Cette jurisprudence a notoirement influencé la réforme du 27 juin 1990. L'article 5-2 de la Convention, relatif à l'obligation d'information de toute personne arrêtée, trouve à s'appliquer en matière d'internement psychiatrique. En droit interne, une obligation de notifier les mesures défavorables aux administrés a été prévue par la loi du 17 juillet 1978<sup>354</sup> et précisée par décret<sup>355</sup>. La loi du 17 juillet 1978 a notamment créé la Commission d'accès aux documents administratifs (C.A.D.A.). Cette disposition essentielle a permis un véritable développement du contentieux de l'internement psychiatrique. Dans la continuité, la loi du 27 juin 1990 devait mettre en place un certain nombre de droits pour les patients contraints, en accord avec la jurisprudence de l'internement psychiatrique. Elle a donc prévu, pour la première fois, l'obligation d'information des patients sur leur situation juridique et sur leurs droits de recours<sup>356</sup>. Elle affirmait l'obligation d'informer les patients contraints selon des modalités adaptées à la situation clinique et sans préciser les modalités d'information. De plus, la loi énonçait les droits mais elle ne prévoyait aucune sanction en cas de manquement. Parmi les droits affirmés dans l'article L.3211-3 du CSP, figurait notamment le droit d'accéder aux conseils d'un avocat de son choix. Cependant, l'effet pervers essentiel de la rédaction de l'article L.3213-3 du CSP résidait dans l'absence de hiérarchisation des voies de recours. Les requêtes faisaient régulièrement l'objet d'ordonnances de débouté, pour incompétence, avec le risque d'exclure de manière définitive toute autre possibilité de recours. Aux réserves précédentes près, la loi visait toutefois à satisfaire plusieurs objectifs essentiels. Il s'agissait de promouvoir les droits des malades hospitalisés librement dans tout établissement accueillant des malades mentaux et de mieux garantir les droits des personnes hospitalisées sans leur consentement en assortissant la décision du préfet, d'un avis médical en cas de placement d'office. La loi instaurait, en sus, des procédures de révision périodique de placements sous contrainte et en théorie, permettait aux personnes concernées de mieux connaître et exercer les recours. Le législateur souhaitait favoriser la réadaptation, la guérison ou la réinsertion sociale des personnes hospitalisées sans leur consentement, par un aménagement de leur prise en charge, sous forme de sorties d'essai. Le but du texte était d'instaurer un meilleur contrôle des conditions d'hospitalisation en psychiatrie et ce, quel que soit le mode d'admission ou le type d'établissement d'accueil.

L'article 5-2 de la Convention européenne dispose que « toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toutes les accusations portées contre elle ». Cette obligation est également prévue par l'article 9 du Pacte international de New York, relatif aux droits civils et politiques. Ce dernier dispose que « tout individu arrêté sera informé au moment de son arrestation, des raisons de son arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toutes accusations portées contre lui ». Ce texte impose non seulement la notification de la décision elle-même, mais également celle de ses motifs, ceci pour garantir l'efficacité du recours prévu par l'article 5-4 de la Convention. En l'espèce, la notification de la décision d'admission et l'information sur les voies de recours était déficiente dans l'application de la loi de 1990. Ce point est essentiel car, pour pouvoir saisir le juge, l'intéressé devait avoir connaissance de son existence et avoir compris sa situation juridique. Le manquement à cette obligation d'information n'était assorti d'aucune sanction dans la loi. La Cour d'appel de Paris a précisé le 5 juillet 2001<sup>357</sup> que la notification de la décision était impérative pour constituer un élément substantiel de la validité de toute décision administrative privative de liberté. Dans ce cas, la charge de la preuve de la notification incombe à l'autorité administrative décisionnaire. Lorsque l'information sur les voies de recours existait, elle était souvent réductrice et en tout cas inadaptée à des patients sous traitement médicamenteux. Même dans l'hypothèse où l'information était efficiente, la dualité des compétences juridictionnelles induisait une multiplication d'informations difficile à assimiler pour le patient justiciable. Malgré ces

---

354 Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. JORF du 18 juillet 1978 page 2851.

355 Décret n°2005-1755 du 30 décembre 2005, relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. JORF n°304 du 31 décembre 2005, page 20827, texte n° 119.

356 Art L. 3211-3 du CSP.

357 CA de Paris, 1<sup>re</sup> Ch., Sect. A, 5 juillet 2001, *Granata / AJT et autres*.

obstacles, informer une personne dont la capacité décisionnelle est altérée constituait déjà une obligation pour garantir le respect de la dignité de la personne malade et le respect de ses droits.

### **C. Un recours au juge défaillant.**

L'article L.3211-12 du C.S.P semblait *a priori* prévoir un large recours au juge des libertés. Non seulement le patient, mais également les tiers pouvaient saisir le juge. Le procureur de la République pouvait demander la sortie immédiate et le juge des libertés pouvait se saisir d'office pour statuer en ce sens. Ce recours était en réalité difficilement accessible au patient à cause de ses troubles mais aussi à cause du défaut d'information. La loi ne prévoyait aucune obligation d'information envers les tiers susceptibles d'exercer le recours. Le demandeur initial des soins n'était pas informé de la possibilité de saisir le juge des libertés, s'il considérait que la mesure de contrainte n'était plus nécessaire. Enfin, si le juge des libertés pouvait théoriquement se saisir d'office, n'étant pas destinataire des certificats et de la décision d'admission, il ne disposait pas des éléments concrets lui permettant de s'auto saisir. De plus, selon une jurisprudence constante, confirmée par le Tribunal des conflits le 17 février 1997, le contrôle de la régularité des décisions relevait de la compétence exclusive du juge administratif. Cette dualité de compétences reposait sur le caractère administratif de la décision initiale d'admission comme de celle de maintien. S'il pouvait ordonner la sortie, le juge des libertés n'avait pas la compétence pour annuler la décision administrative. Seul le tribunal administratif pouvait être saisi dans ce cas, par un recours pour excès de pouvoirs et pour annuler la décision, dans le cadre d'une longue procédure. Le juge administratif pouvait théoriquement suspendre les effets de la mesure par référé, mais cela n'a pas eu de traduction concrète dans les faits. L'accès aux juges, prévu dans la loi de 1990, s'avérait être particulièrement complexe, très technique et finalement dissuasif.

Au regard du recours facultatif au juge des libertés, les dispositions de l'article 5-4 de la Convention européenne étaient peu respectées dans la loi de 1990. Faute d'un accès simple et direct à son dossier permettant un débat contradictoire, la personne hospitalisée ne disposait pas d'un recours effectif devant les juridictions tant judiciaires qu'administratives. La procédure judiciaire en vue de sortie immédiate était régie par les dispositions législatives de l'article L.3211-12 du C.S.P. Aucune disposition réglementaire ne précisait les délais impartis. C'est seulement en mai 2010, après de nombreuses condamnations par la CEDH pour délais déraisonnables, que les règles de procédure spécifiquement applicables devant le juge des libertés ont été précisées par décret. Pour autant, ces précisions réglementaires ne permettaient pas un accès aux pièces du dossier conforme au respect du principe contradictoire. Le patient et l'avocat pouvaient en prendre connaissance mais de manière sommaire, seulement après avoir saisi le juge. Ces dispositions étaient toujours insuffisantes pour permettre au patient de se défendre de manière efficace face au juge.

A l'occasion de la révision de la loi de 1838, le Gouvernement et le législateur se sont largement affranchis de principes de droit essentiels. Les dispositions de la loi de 1990 relatives aux soins sans consentement maintenaient une rupture d'égalité entre les citoyens au regard de l'article 6 de la DDHC. Par comparaison, les personnes suspectées d'avoir commis une infraction, placées en garde à vue et privées de liberté, bénéficient de garanties et de droits supérieurs à ceux accordés à des personnes qui nécessitent des soins immédiats sans consentement. Dans ce cas, les sages ont rappelé la nécessité de l'intervention d'un magistrat pour autoriser le maintien de la garde à vue. Si la loi doit être la même pour tous, qu'elle protège ou qu'elle punisse, le législateur a laissé perdurer un système paradoxal. En l'occurrence, les garanties accordées à des délinquants ne bénéficiaient pas à des patients atteints de troubles mentaux. Notons toutefois que, pour améliorer le système, la loi de 1990 a introduit la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques (CDHP) comme organe de contrôle et de coordination. Pour autant, cette instance sous large tutelle préfectorale ne présentait aucune des garanties d'une juridiction et n'a pas fait preuve par la suite de son efficacité. Les CDHP ont finalement peu répondu aux objectifs de la loi. Pour l'avocat J. Coelho, elles ont présenté des lacunes tant sur la forme que sur le fond. Manquant de moyens, elles étaient trop peu connues tant de la part des usagers que des professionnels. Quant à leurs compétences, elles étaient limitées aux seules hospitalisations

sans consentement. Enfin, leur indépendance n'était pas garantie puisque les membres étaient en majorité nommés par le préfet. La circulaire de 2006<sup>358</sup> relative à l'activité de ces commissions est révélatrice à ce propos. Elle démontre qu'en 2003, dix CDHP n'ont pas fonctionné de toute l'année. Toujours en 2003, dix départements n'avaient pas remis de rapports d'activité. Le rapport officiel de 2005<sup>359</sup> soulignait également cet effacement relatif des CDHP. Il montrait que certaines commissions n'avaient pas pu fonctionner faute de pouvoir être constituées, soit par manque de psychiatres ou à cause de l'importante rotation des magistrats. Les membres des commissions interrogés ont également souligné le très grand décalage entre les missions assignées et les moyens mis à disposition notamment en secrétariat. Enfin, plusieurs rapports d'activité n'ont pas été adressés au procureur de la République comme le prévoyait la loi<sup>360</sup>. Une étude qualitative des rapports par la mission a de plus montré des contenus très variables, preuve de l'implication plus ou moins importante de ses membres. Certains rapports n'étaient que des compilations de données recensées, alors que dans quelques cas seulement, ils traduisaient un réel travail de fond. La mission relevait également que les CDHP usaient très rarement de leur pouvoir de mainlevée et saisissaient très peu le juge des libertés et de la détention afin qu'il statue sur des sorties immédiates.

En fait, en ne prévoyant pas suffisamment le contrôle des droits qu'elle introduisait pour le patient, la loi de 1990 a montré ses limites. Elle a été promulguée dans un milieu hospitalier public au fonctionnement « routinier », dans une application formelle de la sectorisation. A titre d'exemple, le non-respect du libre choix du praticien et du lieu de soins, en référence à une circulaire, prend toujours le pas sur les dispositions législatives laissant le libre choix. Les dispositions de la loi de 1990 ont été utilisées faute de mieux pour certains patients déficitaires, dans l'impossibilité définitive et objective de consentir valablement. Concrètement et en conclusion, entre 1980 et 2000 le nombre des hospitalisations sous contrainte s'est accru de près de cent cinquante pour cent. L'application de la loi fut seulement précisée en 1993 par une circulaire<sup>361</sup> de S. Veil, ministre de la santé, insistant sur l'équilibre à rechercher entre sécurité des patients et respect des libertés individuelles.

#### **§4. Un statut particulier du patient atteint de troubles mentaux malgré la loi du 4 mars 2002.**

Si la loi de 1990 a montré certaines limites, c'est toutefois grâce à elle que les établissements, jusque là réfractaires aux valeurs de la sectorisation, ont humanisé leurs services. Cela s'est notamment traduit par l'ouverture des services et l'adoption de la mixité. Plus généralement, le fait de situer la contrainte comme exception et l'hospitalisation libre comme principe, a induit la fin de pratiques « routinières » inacceptables. Si la loi du 4 mars 2002 est venue consolider certains principes et créer de nouvelles dispositions, elle n'a apporté que des modifications marginales, à la loi du 27 juin 1990. Chacun savait déjà que les contrôles prévus par les autorités administratives et judiciaires et les commissions des hospitalisations psychiatriques étaient très rarement réalisés, mais à aucun moment la question de l'internement n'a été abordée en 2002. De la même manière, il était connu que les droits d'information et de recours pour les patients étaient le plus souvent virtuels. A ce propos, C. Gilioli<sup>362</sup> a défini la problématique persistante dans le propos introductif de la conférence de consensus sur la liberté d'aller et venir, organisé en 2005 conjointement par l'ANAES et la Fédération Hospitalière de France (FHF). L'enjeu et la difficulté consistaient à « respecter la double contrainte d'une liberté fondamentale dans un système démocratique, tout en assurant la sécurité des personnes confiées aux services hospitaliers car, du fait même de cette liberté, elles présentent des dangers pour elles-mêmes ou autrui ». En fait, on peut observer que deux tendances se sont affrontées chez les soignants. Certains privilégiaient la

---

358 Circulaire DGS/SD6C n° 2006-346 relative au rapport d'activité des CDHP en 2003.

359 Mission IGAS/IGSJ, propositions de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, LOPEZ. A, YENI. I, VALDES-BOULOUQUE. M, CASTOLDI. F, mai 2005.

360 Art L.3222-5 alinéa 7 du CSP.

361 Circulaire n° 48 DGS/SP3 du 19 juillet 1993 (Circulaire Veil), portant sur le rappel des principes relatifs à l'accueil et aux modalités de séjours des malades hospitalisés pour troubles mentaux.

362 GILIOI. C, « La liberté d'aller et venir, entre droit et éthique », Soins n° 695, mai 2005

promotion d'une autonomie et la responsabilisation pour le malade, alors que d'autres défendaient un paternalisme intrusif du soignant, exerçant de fait un pouvoir excessif sur le malade. Concrètement, l'exercice des droits de recours et des contrôles, prévus par la loi de 1990, ont été très peu effectifs. Pour les droits d'information et de recours, le patient était informé, au mieux, des dispositions de l'article L.3211-3 du CSP. En revanche, il ne l'était quasiment jamais des dispositions de l'article L.3211-12, permettant la saisine du juge des libertés en vue de sortie immédiate. De plus, encore aujourd'hui, quasiment tous les établissements sont en infraction, puisque aucun n'est capable de permettre à un patient de consulter le règlement intérieur, pourtant prévu à l'article L.3211-3 du CSP. Faute de textes d'application qui devaient être pris par le Gouvernement, dans les mois qui ont suivi la promulgation de la loi de 1990, ces règlements intérieurs n'existent quasiment pas.

### **A. Un droit virtuel au libre choix du médecin.**

Le colloque singulier qualifie la relation bilatérale et protégée, en confiance, entre le médecin et son patient. Le contexte du colloque singulier, entre le médecin et le patient, influence largement l'obtention ou le refus du consentement. La qualité de ce colloque est déterminante et, de ce point de vue, la psychiatrie comporte intrinsèquement des risques. Il s'agit en particulier des risques spécifiques de « transfert » ou de « contre transfert ». Les psychiatres peuvent être dissuadés d'investir vraiment la relation avec le patient pour éviter ces risques. Par voie de conséquence, l'information par le psychiatre, conçue pour responsabiliser le patient, peut dériver vers une information conçue prioritairement pour l'autoprotection du praticien. Au nom de l'autonomie du patient, la singularité du colloque entre le médecin et le patient peut perdre en qualité, au risque d'offrir seulement une forme de prestation de service standardisée. Rappelons à ce propos que l'arrêt *Mercier*<sup>363</sup> précise la nature de la relation médecin patient. Selon cette jurisprudence fondamentale, il se forme un contrat entre le médecin et son client. Ce contrat engage le médecin, non pas de guérir le malade, mais de lui donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science. La question est de savoir si les soins consciencieux et attentifs peuvent se fondre dans le concept de prestation de service. Le psychiatre P. Lamothe considère que, d'un point de vue éthique, les psychiatres doivent résister à l'idée d'être des procéduriers irréprochables et accepter au contraire de dialoguer sur leurs doutes. Selon lui, si l'on n'accepte pas de prendre le risque de l'autre, il n'y a pas de soin ni aucune relation possible. Il revient aux psychiatres, non pas d'aseptiser leur pratique, mais au contraire d'aider le corps social à accepter la vulnérabilité humaine et l'incertitude.

Le libre choix du praticien et de l'équipe de secteur constitue un droit essentiel pourtant très mal respecté en pratique. Il s'agit pourtant d'un aspect majeur, dans la mesure où le libre choix est une condition fondamentale du consentement. En effet, le patient peut ne pas être consentant à une prise en charge simplement parce qu'il n'a pas pu choisir les thérapeutes. Ce cas de figure, qui n'est pas une hypothèse d'école, peut être à l'origine de certains internements. Selon la loi du 4 mars 2002<sup>364</sup>, le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire. La Charte de l'usager en santé mentale<sup>365</sup> rappelle que l'usager a le droit au libre choix de son praticien et de son établissement. Il s'agit, hors le cadre d'urgence, d'un principe fondamental de libre engagement réciproque dans une relation contractuelle. Dans le strict respect de l'accord du patient, la famille peut-être associée au projet thérapeutique. Elle est informée de la maladie, afin d'adopter l'attitude la plus juste et être soutenue dans ses difficultés. Il s'agit de savoir si le patient atteint de troubles mentaux peut consentir à des soins administrés par un praticien qu'il n'a pas choisi. Cette problématique est très insuffisamment évoquée en psychiatrie publique. La loi du 5 juillet 2011, spécifique des soins psychiatriques, est pourtant sans ambiguïté, elle reprend en cela les termes de la loi du 27 juin 1990 : elle prévoit ainsi que toute personne faisant l'objet de soins psychiatriques ou

---

363 Cour de cassation. Ch. civile. Arrêt *Mercier*. 20 mai 1936.

364 Art L.1110-8 du CSP.

365 Charte de l'usager en santé mentale, signée à Paris le 8 décembre 2000, par : FINKELSTEIN. C, (Présidente de la FNAPSY) ; Dr PIDOLLE. A, (Président de la conférence) ; LOMBARD. G, (Président d'honneur de la FNAPSY) ; Dr HALIMI. Y, (Vice Président de la conférence des présidents de CME de CHS).



sa famille dispose du droit de s'adresser au praticien ou à l'équipe de santé mentale, publique ou privée, de son choix, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du secteur psychiatrique correspondant à son lieu de résidence<sup>366</sup>. Cette obligation auparavant réglementaire pesait sur le médecin. Il s'agit dorénavant d'un droit du patient inscrit dans la loi qui prend de fait une valeur normative supérieure. Le Cahier des charges qualitatif pour l'hospitalisation à temps plein en psychiatrie<sup>367</sup> prévoit que « l'hospitalisation est une protection du patient, de son entourage parfois et, le cas échéant, de la société » et que « cette protection nécessite que l'adhésion et le consentement du patient soient toujours recherchés et cela dans l'esprit du libre choix quel que soit le mode d'organisation de l'hospitalisation ». Cependant, ce principe de libre choix en psychiatrie publique remet en cause la sectorisation géographique, qui fonde toujours, au moins d'un point de vue culturel, la psychiatrie française. De fait, cette disposition est mal respectée et la loi ne dit toujours rien de la conciliation de ce « libre choix » avec l'organisation sectorisée prévue par la circulaire du 15 mars 1960 et la loi de 1985. Le Conseil d'Etat reconnaît également cette disposition de libre choix comme un principe général du droit<sup>368</sup>. Le juge administratif<sup>369</sup> consacre le libre choix du médecin, y compris dans le cas de soins sous contrainte, mais hors contexte d'urgence. Selon la Haute juridiction administrative, le patient n'a pas le choix du psychiatre, ni de l'établissement psychiatrique dans lequel il est transféré, seulement en situation d'urgence. Cependant, pour le juge administratif, le patient conserve la liberté de choisir un autre psychiatre ou un autre établissement, dès que la situation d'urgence n'y fait plus obstacle. Enfin, le principe de libre choix semble *a priori* concerner autant les soins sans consentement que les soins consentis. Dans l'absolu, un patient non consentant aux soins pourrait dans le même temps choisir le praticien et l'équipe pour les prodiguer. Inversement, un patient pourrait consentir aux soins seulement avec un praticien et une équipe de son choix. Selon l'article L.3211-3 du CSP, la personne dispose du droit de prendre conseil d'un médecin de son choix. Il ne s'agit pas dans cette dernière disposition de véritable libre choix, mais toutefois d'une possibilité de recourir à un autre médecin que celui qui lui est imposé. La fiche d'information du ministère<sup>370</sup>, relative à l'application de la loi de 1990 était très claire. Elle prévoyait que la sectorisation avait été mise en place pour que le malade dispose, en permanence, d'une prise en charge au plus près de son domicile. Cependant, elle ne constituait pas un argument opposable permettant de refuser la prise en charge d'un malade situé dans le ressort d'un autre secteur. La fiche rappelait que « le malade (gardait) la liberté de s'adresser à l'équipe de son choix dans les limites de l'habilitation de l'établissement et de ses possibilités d'accueil ». Le Gouvernement a d'ailleurs répondu dans ce sens à une question écrite en 2003<sup>371</sup>. Il a précisé que la sectorisation « n'a pas pour objet d'empêcher le libre choix du médecin ». Il rajoutait cependant, dans la limite des contraintes de disponibilité de places.

## **B. Une information claire et loyale mais adaptée.**

Nous avons vu que le principe d'information du patient pose problème, mais c'est aussi le cas pour le contenu de l'information en tant que tel. L'article L.1111-2 du CSP confirme le droit de l'utilisateur d'être informé et précise l'obligation professionnelle qui en découle. Ce droit concerne l'information sur son état de santé, dont la finalité est la participation de l'utilisateur aux décisions concernant sa santé. Cette obligation d'information s'applique à tous les professionnels de santé dans les limites des compétences et des règles professionnelles. L'article L.1111-4 du CSP dispose que toute personne prend, avec le

---

366 Art L3211-1 du CSP.

367 Cahier des charges qualitatif pour l'hospitalisation à temps plein en psychiatrie, adoptée à Paris, le 26 mai 2003, par : FNAP-PSY, UNAFAM, FHF, FEHAP, UNCPSY, Conférence Nationale des Présidents de Commission Médicale d'Etablissement des Centres Hospitaliers Spécialisés représentant les psychiatres d'exercice public, Conférence Nationale des Présidents de Commission Médicale d'Etablissement des Centres Hospitaliers Généraux, l'ADESM, Comité d'Etudes des Formations Infirmières et des Pratiques en Psychiatrie (CEFI), Association Nationale des Responsables Qualité en Psychiatrie (ANRQP), Association Française des Commissions Départementales des Hospitalisations Psychiatriques (CDHP-France).

368 Conseil d'Etat, 10/ 7 SSR, 171851, décision judiciaire 18 février 1998, , arrêt section locale du Pacifique Sud de l'ordre des médecins, mentionné aux tables du recueil Lebon, dans lequel le Conseil dégage deux nouveaux principes généraux du droit (PGD) : les principes de liberté du choix du médecin par le patient et de libre prescription du médecin.

369 CE, 21 octobre 1998, n°189285, publié au recueil Lebon.

370 Bulletin officiel du ministère chargé de la santé, n° 91/24 p. 19-35.

371 Question écrite du 12/05/03 du député Montebourg n° 18109, réponse du Gouvernement du 30/06/03.

professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. De plus, aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment. Le médecin doit respecter la volonté de la personne, après l'avoir informée des conséquences de ses choix. L'information porte sur ce qui est proposé au patient en termes d'investigations, traitements ou prévention proposés et alternatives éventuelles et sur les éléments d'évaluation du rapport bénéfice-risque. Il s'agit de l'utilité de ce qui est proposé, des risques normalement prévisibles, ainsi que des risques en cas de refus. Le renversement de la charge de la preuve, en matière d'information, se trouve consacré par la jurisprudence judiciaire<sup>372</sup> et administrative<sup>373</sup> antérieurement à la loi du 4 mars 2002. En effet, en cas de litige la preuve de l'information « par tous moyens », doit être apportée par le professionnel ou l'établissement de santé. De plus, le défaut d'information constitue depuis 2010 un poste de préjudice indemnisable autonome. L'information constitue bien le préalable essentiel au consentement libre et éclairé. Cependant, la spécificité des troubles mentaux est d'altérer le psychisme qui constitue dans le même temps le support du consentement. A l'évidence, la pathologie mentale amplifie la difficulté d'obtenir un consentement, libre et éclairé. A ce titre, le degré de conscience des troubles est déterminant. Cela constitue une particularité forte et inhérente aux soins psychiatriques.

Du point de vue de la jurisprudence judiciaire, la Cour de cassation en a rendu une décision 2001<sup>374</sup>, précisant qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis à vis de son patient par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement. Elle s'est placée ainsi dans la continuité de la décision du Conseil constitutionnel de 1994<sup>375</sup>, consacrant le principe de dignité de la personne humaine. Plus récemment en 2010, la Haute juridiction judiciaire a rendu une décision<sup>376</sup> concluant qu'au regard des articles 16 et 16-3 du Code civil, toute personne avait le droit d'être informée préalablement et de manière exhaustive. Le non-respect du devoir d'information cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Si les seules dérogations acceptables restent l'urgence et l'inconscience du patient, ce principe d'information exhaustive est cependant limité dans le cadre de la santé mentale par cette même Cour de cassation. Le 23 mai 2000<sup>377</sup>, sur le fondement de l'article 42 du Code de déontologie médicale<sup>378</sup>, la Cour a reconnu la possibilité d'adapter l'information. Elle doit prendre en compte la personnalité du malade, la pathologie en cause et l'évolution prévisible de cette dernière, et cela dans l'intérêt du patient. Il s'agissait, en l'occurrence, d'un patient atteint de psychose maniaco-dépressive, dont la caractéristique des troubles résidait dans l'évolution cyclique de la maladie. Celle-ci pouvait ménager des temps de rémissions importants permettant une vie normale. Enfin, la jurisprudence européenne<sup>379</sup> apprécie désormais le principe de consentement dans le cadre du respect de la vie privée, tel que prévu à l'article 8 de la Convention européenne. L'intégrité physique et morale étant une composante de la vie privée, l'acte médical est considéré comme une ingérence dans la vie privée devant bénéficier de garanties de procédures prévues par la loi. Si la Convention ne garantit pas explicitement le droit aux soins médicaux, l'atteinte corporelle à caractère médical, s'assimile à une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée. Cette approche est renforcée dans le cas où l'acte médical a lieu contre la volonté de l'individu, en particulier pour l'administration de force d'un traitement.

---

372 Cass, 1re ch. Civ, 25 février 1997, Bull. 1997, I, n° 75, p. 49, pourvoi n°94-19.685 et Cass, 1re ch Civ, 14 octobre 1997, Bull. 1997, I, n° 278, p. 188, pourvoi n°95-19.609.

373 CE, 15 janvier 2001, n°208958.

374 Cass, 1re ch. Civ, 9 octobre 2001, n°00-14564.

375 CC, décision du 27 juillet 1994, n°94-343/344 DC.

376 Cass, 1re ch. Civ, 3 juin 2010, n°09-13591.

377 Cass, 1re ch. Civ, 23 mai 2000, n°98-18513.

378 Art R. 4127-42 du CSP.

379 CEDH, 13 mai 2008, Req n° 24209/94, affaire *Y.F c. Turquie*, §33 et Req n°52515/99, §76, affaire *Juhnke c. Turquie*.

### C. Un consentement relatif.

Les dispositions relatives aux soins sous contrainte constituent des exceptions dérogatoires au respect de l'autonomie de décision et du refus de soins. Cette spécificité fait l'objet de deux dérogations au principe général de consentement. L'article L.3212-1 du CSP dispose qu'une personne atteinte de troubles mentaux ne peut faire l'objet de soins psychiatriques, sur la décision du directeur d'un établissement, que si ses troubles mentaux rendent impossible son consentement et son état mental impose des soins immédiats assortis soit d'une surveillance médicale. Dans une seconde hypothèse, selon l'article L.3213-1 du CSP, le représentant de l'Etat prononce l'admission des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins. Ils doivent de plus compromettre la sûreté des personnes ou porter atteinte de façon grave à l'ordre public. Dans ces situations à caractère dérogatoire, où le consentement aux soins nécessaires n'est pas obtenu, les malades contraints doivent bénéficier d'une information spécifique. Elle doit être relative à leur situation juridique, ainsi qu'à leurs droits de communication et de recours. A propos de consentement, le Comité consultatif national d'éthique distingue la capacité de droit, au sens juridique, et la capacité de fait ou compétence. La validité du consentement repose sur cette double compétence, à savoir la faculté intellectuelle de comprendre et la volonté autonome. De fait, les personnes dont la possibilité de compréhension est faible ou troublée et celles dont la liberté de choix n'est pas entière, sont exclues de la capacité à consentir.

En psychiatrie, le psychisme constitue à la fois le support du consentement et l'objet des soins ce qui relativise singulièrement le caractère « éclairé » du consentement, qui reste pourtant la condition de sa validité. Toutes les pathologies psychiatriques se confrontent à la problématique du consentement, d'ailleurs le législateur n'a pas opéré de distinctions entre elles. Ce consentement va donc être le plus souvent relatif car fluctuant et par voie de conséquence, la capacité à maintenir une décision dans le temps va être privilégiée. L'HAS<sup>380</sup> retient cinq dimensions du consentement, sans toutefois préciser si elles doivent être cumulatives. Il s'agit de la capacité à recevoir l'information, de la capacité de compréhension et de raisonnement ainsi que de la capacité d'expression. Retenir l'incompétence d'une personne à consentir, c'est établir son inaptitude à comprendre, ou son inaptitude à décider, de façon rationnelle, par rapport à son intérêt, ou le cumul des deux. Ainsi, pour accepter un refus de soins et renoncer à l'hospitalisation sans consentement, il faudrait s'assurer que le patient est « conscient et capable » ou sain d'esprit. Certains préconisent de créer « un cadre légal de soins obligatoires qui intègre la garantie des droits et englobe toutes les incapacités provisoires et les capacités partielles à consentir<sup>381</sup> ». Il est regrettable que le Gouvernement n'ait pas exploré la transposition de formes juridiques de consentement existantes qui prévoient l'acceptation de l'obligation de soin par anticipation. Le mandat de protection future, instauré par la loi de 2007, ou les directives anticipées, prévues par la loi « Leonetti » du 22 avril 2005, pouvaient constituer à ce propos, une intéressante base de travail.

C. Jonas affirme que « le premier attribut juridique de chaque personne est l'intangibilité de son intégrité corporelle et des principes de sa vie. Il n'y peut être touché, même par le médecin, qu'avec son consentement<sup>382</sup> ». L'article 16-3 du Code civil, précise qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain, qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. A titre exceptionnel, cela peut être dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement, hors le cas où l'état du patient rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. Pour consentir valablement, le patient doit bénéficier d'une information claire et loyale. Il doit être capable de comprendre ce qui est expliqué, de l'intégrer à sa situation personnelle et de mémoriser l'information reçue. Il doit de plus faire preuve de constance psychique et maintenir sa décision dans le temps. D'un point de vue réglementaire, l'article R.4127-35 du CSP dispose que le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et

---

380 Modalités de prises de décision, concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement, d'une personne présentant des troubles mentaux, HAS, avril 2005.

381 COLDEFY . M, EYRAUD. B, MICHEL.VA, MOREAU. D, RHENTER. P, VELPRY. L, « Le projet de réforme de l'hospitalisation sans consentement s'expose aux dérives sécuritaires », 8 juin 2011, *Lemonde.fr*

382 JONAS. C, *Le consentement aux soins*, Société de gérontologie, 1991.

appropriée sur son état et les investigations et les soins qu'il lui propose. Au long de la maladie, il doit tenir compte de la personnalité du patient dans ses explications et veiller à leur compréhension. Il existe cependant une réserve prévue par l'article L.1111-7 du CSP, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience. Pour le malade mental, les facteurs de consentement sont démultipliés et il faut admettre l'existence de plusieurs niveaux de consentement, compatibles avec l'hospitalisation libre ou nécessitant au contraire des soins contraints. La nécessité de contraindre va reposer sur la notion de risque pour la personne elle-même mais aussi pour les tiers, les biens et l'ordre public. Ce risque devra être évalué au regard d'une pathologie aux risques connus dans le cadre d'une réflexion appréciant le bénéfique et les risques. L'objectif du psychiatre doit être un cheminement du non-consentement vers le consentement éclairé. En cas d'absence de consentement, le médecin doit tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables. Cette démarche est cependant souvent impossible pour le psychiatre dans certaines situations cliniques. La théorie du « tout ou rien » en matière d'information claire et loyale en vue de l'obtention du « consentement libre et éclairé » ne peut trouver à s'appliquer en psychiatrie. Toute la difficulté du recueil de l'adhésion aux soins va résider dans la délivrance d'une information loyale et adaptée permettant le passage d'un refus ou d'une réticence aux soins à un assentiment passif puis à un consentement actif du patient. Certains malades, notamment ceux atteints de démence et qui n'ont pas de capacité cognitive de consentement, sont librement admis parce qu'ils ne protestent pas contre l'hospitalisation. En réalité, ces patients ne comprennent pas le but des soins. Certaines personnes peuvent accepter le traitement ou l'hospitalisation sans protester parce qu'elles sont intimidées ou qu'elles ne se rendent pas compte qu'elles peuvent refuser. Pour autant, ce manque de réactivité ne peut pas être interprété comme un consentement. Le consentement doit être volontaire et en connaissance de cause, c'est à dire « libre et éclairé ».

L'article L.1111-6 du CSP, introduit par la loi du 4 mars 2002 dispose que toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant. Cette dernière sera consultée au cas où la personne elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Dans ce cas et si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. Cette possibilité est ouverte lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé et quelle que soit la pathologie. Cette innovation prend source dans une recommandation du comité consultatif national d'éthique, issue d'un rapport de septembre 1998 consacré au consentement éclairé. Il n'est prévu aucune restriction en cas de troubles mentaux, ni en cas de soins sans consentement en particulier, sauf si le patient est sous tutelle aux incapables majeurs. Il s'agit d'un rôle strictement consultatif car en aucun cas la personne de confiance ne peut décider à la place du patient. De plus, les informations éventuellement portées à la connaissance de la personne de confiance le sont avec l'accord préalable du patient. La loi a créé une dérogation de fait au secret professionnel en prévoyant la présence de la personne de confiance lors des démarches et entretiens médicaux. Cette disposition s'est avérée délicate à mettre en œuvre en soins libres comme en soins sans consentement. Rien n'est précisé, quant à la capacité juridique de la personne de confiance. Dans l'absolu le patient peut désigner un mineur ou un majeur sous tutelle, voire son voisin de chambre. De plus, la « notion de confiance » n'est pas homogène et peut se décliner de manière variable. Enfin, la loi paraît conférer à la personne de confiance un statut prioritaire par rapport à la famille, ce qui pose souvent problème en psychiatrie. La HAS confirme cette situation difficile et précise d'ailleurs que les secteurs de psychiatrie sont les plus concernés par les difficultés de désignation de la personne de confiance. Ces difficultés sont relevées au cours des visites de certification.

## **§5. Un régime de responsabilité instable.**

Le principe de l'hospitalisation « libre » est limité de façon significative par l'obligation renforcée de surveillance. Le principe d'hospitalisation libre est défini par l'article L.3211-2 du CSP affirmant qu'une

personne consentante hospitalisée pour troubles mentaux est en hospitalisation libre. Il est intéressant de souligner que le législateur dans sa volonté de ne pas stigmatiser la maladie mentale a introduit lui-même une spécificité. Pour un patient hospitalisé en cardiologie, pneumologie ou autre, il n'a pas jugé utile de préciser que le patient était en hospitalisation libre. C'est le régime jurisprudentiel de responsabilité qui confère cette spécificité. Il faut garder à l'esprit que les malades mentaux sont souvent victimes et qu'un trouble psychiatrique constitue un important facteur de risque suicidaire. En effet, les études fondées sur un suivi prospectif montrent que dix à quinze pour cent des patients malades mentaux décèdent par suicide. Comparativement à des sujets issus de la population générale, le risque de suicide est de six à vingt-deux fois supérieur chez les sujets souffrant d'un trouble mental avéré<sup>383</sup>. La jurisprudence considère par principe que les malades mentaux sont des personnes vulnérables et elle exige une surveillance renforcée y compris en hospitalisation libre. Pour cela, elle inverse la charge de la preuve en cas de défaut de surveillance. En cas de dommage subi, ou bien créé par un patient, qui s'est soustrait à la surveillance de l'établissement, la responsabilité indemnitaire de l'établissement pourra être engagée. Cela sera le cas s'il n'apporte pas des preuves de diligence en matière de surveillance. La surveillance s'entend comme la réactivité nécessaire en cas d'absence anormale d'une personne vulnérable. La responsabilité du professionnel sera recherchée pour défaut de surveillance, si la vulnérabilité du patient était connue et ses intentions prévisibles. Le principe de la liberté du patient est incontestable, mais les juges condamnent les établissements et les professionnels de santé, lorsque la sortie d'un patient « à l'insu du service », s'avère préjudiciable pour ce dernier ou les tiers. Cela concerne les suicides, les accidents ou la dégradation de son état de santé mais également les dommages causés à autrui. Les circonstances de l'incident doivent cependant révéler une absence ou une sous-évaluation du risque, ainsi qu'une surveillance ou vigilance insuffisante, compte tenu du risque identifié. Il revient d'abord au médecin en charge du patient de déceler, dans la mesure du possible, tout risque éventuel. L'équipe de soins doit être alertée et adapter alors son niveau de vigilance au risque. Concrètement, en cas de disparition d'un patient l'équipe devra immédiatement effectuer des recherches dans l'enceinte et aux abords de l'établissement. S'il s'agit d'un patient particulièrement vulnérable, la famille, les proches et le cas échéant la police, devront être alertés. Le secret médical connaît ici ses limites. En cas d'absence anormale, si les secours n'ont pas été alertés, la responsabilité pénale des personnels peut être engagée, pour faute caractérisée de mise en danger d'autrui consécutive à une négligence ou à un manquement<sup>384</sup>. Cette incrimination peut également se traduire par une indifférence au sort d'autrui, constituant à une non-assistance à personne en péril<sup>385</sup>. L'assistance s'impose, dès lors qu'il y a un risque de péril grave. Elle doit être appropriée, utile et suffisante, et peut consister à provoquer des secours. Toutefois, la notion de « surveillance constante », retenue pour le patient hospitalisé sans son consentement, a été atténuée par le juge. Une surveillance constante ne signifie pas que le malade hospitalisé doit être surveillé vingt-quatre heures sur vingt-quatre, ni qu'un médecin ou une équipe médicale doit être à son chevet en permanence. Cela signifie en clair, qu'une équipe soignante engagée dans un projet thérapeutique, est à tout moment susceptible d'intervenir en cas de besoin. C'est également au nom de cette obligation renforcée de surveillance, que les soignants devront essayer de déceler l'introduction par un patient de substances ou objets dangereux. Pour y répondre et contrairement au droit commun, un inventaire est systématiquement réalisé à l'entrée de tout patient en psychiatrie. Celui-ci répond aux objectifs classiques de dépôt de biens et valeurs, mais il répond également à l'exigence de vigilance qui s'avère nécessaire, face au risque d'introduction de produit ou objet dangereux. Cet acte est particulièrement délicat et d'efficacité limitée, car dans le même temps, toute fouille est prohibée. Enfin d'un point de vue médical, il est très fréquent dans le cadre de l'hospitalisation libre, que le psychiatre instaure en accord avec le patient des restrictions dans la liberté d'aller et venir, de manière négociée, pendant les premières heures ou jours d'hospitalisation. Cette surveillance particulière et nécessaire va se heurter au respect des libertés et de la dignité des patients. Ceci interroge tous les niveaux et toutes les catégories professionnelles de

---

383 Communication du service de psychiatrie et de psychologie médicale, CHU Angers, rédaction : KAHN J-P, relecture : TERRA. J.L, mai 2005.

384 Art 121-3 du code pénal.

385 Art 223-6 du Code pénal.

l'hôpital, puisque le personnel médical, soignant et non soignant est concerné. En résumé, l'affirmation du principe de l'hospitalisation libre ne signifie pas pour autant l'absence concrète de restrictions d'aller et venir. Y compris lorsque le patient est consentant aux soins, des précautions peuvent s'imposer dans le cadre d'une obligation renforcée de surveillance. En fonction de la pathologie rencontrée, le patient peut consentir à l'hospitalisation, tout en présentant un risque potentiel pour lui-même. Il en va ainsi pour les produits ou objets personnels dangereux en possession du patient qui devront être retirés, au moins dans un premier temps. Le recours à la contention ou à l'isolement, généralement réservés aux hospitalisations sans consentement, peuvent également avoir cours pendant l'hospitalisation libre. Dans ces cas exceptionnels, il est alors impératif de s'interroger sur la situation juridique du patient. De manière générale ces mesures restrictives de liberté doivent faire l'objet d'explications au patient en colloque singulier. Elles doivent également être assorties de consignes médicales envers l'équipe soignante, expressives, circonstanciées, individualisées et régulièrement réévaluées.

### **SECTION 3. UN RAIDISSEMENT DES MESURES D'HOSPITALISATION D'OFFICE.**

La décennie 2000 a vu une résurgence de la vision péjorative de la maladie mentale. Cela s'est traduit par des mesures de plus en plus coercitives à l'égard des patients. Ces mesures se sont fondées sur une situation marquée par deux aspects. Le climat sécuritaire lié à la peur du terrorisme international s'est amplifié au vu des faits divers très graves, mais isolés, impliquant des malades mentaux.

#### **§1. Une première tentative de réforme.**

En 2007 N. Sarkozy, alors ministre de l'intérieur, avait prévu de modifier partiellement la loi du 27 juin 1990, dans le projet de loi de prévention de la délinquance. Des mesures visaient à renforcer les pouvoirs du maire, et à créer un fichier national des personnes hospitalisées d'office. Les acteurs et usagers de la psychiatrie, ainsi que les parlementaires d'opposition, avaient fait connaître leur vif désaccord. Dans un premier temps, les articles en cause furent retirés du projet, pour être rattachés plus tard à une loi d'habilitation<sup>386</sup> en vue de l'adoption par ordonnance. Cet « artifice », dénoncé par les parlementaires d'opposition, fut finalement censuré par le Conseil Constitutionnel<sup>387</sup> le 25 janvier 2007. Le projet de loi revint donc en deuxième lecture devant l'Assemblée nationale avec les articles en cause réintégrés. Devant la pression persistante des psychiatres hospitaliers, le ministre de l'intérieur, par ailleurs candidat à l'élection présidentielle, retira les articles dès l'ouverture de la séance du 13 février 2007. Il précisa à cette occasion qu'il « n'avait jamais assimilé maladie et délinquance et n'avait jamais nié la nécessité d'une réforme d'ensemble de la loi de 1990 ». Le texte fut très critiqué par les familles et les professionnels, reprochant l'amalgame entre dangerosité et maladie mentale. Le texte suggérait une assimilation inacceptable entre troubles mentaux et délinquance. Cette péripétie de la vie politique éclaire la position que prendra N. Sarkozy à Antony un an plus tard. Il s'agissait d'un renoncement de circonstance mais qui ne remettait pas en cause une stratégie toujours à l'œuvre.

#### **§2. Le discours d'Antony du Président de la République : une orientation sécuritaire assumée.**

Pour le sociologue L. Mucchielli<sup>388</sup>, d'un point de vue médiatique, c'est dès 1998 qu'une certaine presse s'est employée à disqualifier les tenants d'une cause sociale de l'insécurité. Sur le plan politique, ce phénomène peut se repérer dès 1999, puis dans les actions des gouvernements successifs à partir de 2002. Il semble s'être opéré un certain effet d'imitation avec la situation des Etats Unis. A partir de considérations scientifiques discutables, ces idéologies de « tolérance zéro » ont été recyclées dans les discours politiques de nos gouvernants. Nous sommes en droit de nous interroger sur la pertinence de

---

386 Loi 2007-127 du 30 janvier 2007, ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005, relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique. JORF n°27 du 1 février 2007 page 1937, texte n° 1.

387 CC, décision du 25 janvier 2007, n° 2007-546 DC.

388 MUCCHIELLI. L, *La frénésie sécuritaire, retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, éditions La découverte, 2008.

ces options importées de la première puissance mondiale. Il existe une corrélation scientifiquement démontrée entre l'insécurité et l'augmentation de la pauvreté et le recul de l'« Etat providence ». Si le contexte sécuritaire est déjà ancien, la tendance a connu une amplification spectaculaire, à partir des événements de 2001 aux USA. En apparence, nous nous sommes éloignés de la psychiatrie, mais ce contexte concerne particulièrement la population fragile et précaire des malades mentaux.

Plusieurs faits divers particulièrement graves et impliquant des malades mentaux ont fait l'objet d'une attention particulière au plus haut niveau de l'Etat. Le 2 décembre 2008, le Président Sarkozy a rendu visite pour la première fois au personnel d'un hôpital psychiatrique. Là où était attendu le langage de la raison, le langage de l'émotion et surtout des certitudes était au rendez-vous. Selon le Président, « des patients dont l'état s'est stabilisé pendant un certain temps peuvent soudainement devenir dangereux ». Le ton était donné d'une vision manichéenne opposant le criminel et la victime. La visite du 2 décembre 2008 se situait peu de temps après un homicide commis par un malade mental. Après une longue introduction, avec un hommage appuyé aux personnels des hôpitaux psychiatriques, le chef de l'Etat a révélé son état d'esprit. Tout comme ses ministres, il ne pouvait se ranger du côté des « inconditionnels du malade et de sa guérison ». S'appuyant sur les faits divers récents, il prônait *a priori* un équilibre entre réinsertion du patient et protection de la société. La suite du discours annonçait des orientations exclusivement tournées vers la sécurisation matérielle des établissements. A aucun moment ne fut abordée la question fondamentale de la prise en charge des patients, par des personnels bien formés et en nombre suffisant. L'hôpital psychiatrique devait évoluer et tenir compte de la trilogie associant : prison, rue et l'hôpital, en trouvant le bon équilibre et le bon compromis. Le Président de la République a précisé également la prééminence de la place des victimes et de leur légitime émotion. Pour le Président, les malades potentiellement dangereux devaient être soumis à une surveillance particulière, afin d'empêcher un éventuel passage à l'acte. Selon le Chef de l'Etat, l'espérance, parfois d'un retour à la vie normale, ne pouvait pas primer, en toutes circonstances, sur la protection de nos concitoyens. Le principe de précaution développé à cette occasion par N. Sarkozy, prévalait sur la théorie du « risque accepté » qu'avait développé le juge administratif. Le psychiatre M. Guyader, chef de service au Centre Hospitalier Erasme d'Antony, s'est exprimé vivement dans une lettre ouverte au Président<sup>389</sup>, à la suite de ce discours. Il dénonçait l'incalculable portée de propos visant à renforcer la stigmatisation des fous, à remettre les soignants en position de gardiens et à alarmer les gens proches des lieux de soin de la folie. La teneur de ce courrier particulièrement incisif était sans équivoque et résumait bien l'opinion de la communauté soignante. Suite à ce discours, P. Ferragi<sup>390</sup>, président du syndicat des psychiatres des hôpitaux (SPH), mettait en évidence la nécessité de « moyens humains, [...] soignants en plus grand nombre ». L'aspect des moyens humains et de la formation, pourtant essentiel, n'a pas été développé par N. Sarkozy. Pourtant, l'abandon de la formation spécifique des infirmiers au début des années quatre-vingt-dix, a eu des effets néfastes objectivés aujourd'hui. Un dispositif de tutorat<sup>391</sup>, censé pallier au défaut de formation et favoriser la consolidation des savoirs a été mis en place. Ce dispositif s'avèrera tardif, insuffisant et non pérenne. Il n'a pas pu compenser la perte de savoirs accumulés. Le psychiatre A. Poli, président du Syndicat des psychiatres d'exercice public, remarquait que le Président de la République réagissait « comme l'homme de la rue », en concevant une réforme « à partir d'un événement ». Une approche objective démontre que les actes graves imputés à des malades mentaux sont rares, mais pour N. Skurnik, président du Syndicat des psychiatres de secteur, le Président ne « (parlait) que de dangerosité et (proposait) de tout boucler, au motif qu'il y (avait) un accident tous les deux ans sur une population de six cent mille patients ». Si l'on ose une comparaison, observons qu'une femme meurt tous les deux jours, sous les coups de son compagnon. Statistiquement, les individus les plus dangereux sont donc les « messieurs tout le monde », que nous côtoyons au quotidien. En réalité, les chiffres démontrent que la population des malades mentaux est plutôt moins criminogène que la population générale, elle est au contraire plutôt sur représentée chez les victimes. A

---

389 Dr GUYADER. M, « Lettre ouverte à Mr le Président de la République à propos de son discours du 2 décembre 2008 à l'Hôpital Erasme d'Antony concernant une réforme de l'hospitalisation en psychiatrie », 13 décembre 2008, Médiapart.

390 « Les psychiatres critiquent le discours à orientation sécuritaire de Nicolas Sarkozy », (APM), 3 décembre 2008.

391 Plan santé mentale 2005-2008.

propos, des effets consécutifs à la prise de position du Chef de l'Etat, le magistrat G. Sainati<sup>392</sup> souligne que la loi du 5 juillet 2011 a été précédée par une série de textes, qui considéraient déjà la dangerosité comme critère distinctif entre la norme et l'anormalité. Selon lui, dans la continuité du discours d'Antony, il découle « toute une série de processus de contention et de contrôle sociaux [...] ». Pour l'universitaire M. Couturier, le fait que les soins sans consentement ambulatoires aient vocation à se dérouler hors de l'hôpital, et englobent le domicile du malade, traduit une rupture. Cela s'oppose à une approche traditionnelle entre la liberté et la contrainte, le dedans et le dehors, l'espace privé et l'espace public<sup>393</sup>. Le magistrat G. Sainati considère que la psychiatrie est désormais censée préserver la tranquillité et l'ordre social, il lui revient notamment d'éliminer les militants récalcitrants et les contestataires.

### **§3. Le durcissement du pouvoir exécutif : des circulaires contestées.**

Deux circulaires révélatrices de la vision coercitive des pouvoirs publics ont été adressées aux préfets et aux chefs d'établissements de santé. Elles concernaient la sécurisation des locaux, ainsi que les modalités d'utilisation des sorties d'essai. Une circulaire de la Direction de l'hospitalisation et des soins (DHOS) de 2009<sup>394</sup> prévoyait le financement de l'amélioration de la sécurité en psychiatrie. Ce texte préconisait d'améliorer la sécurité des enceintes hospitalières, de créer quatre nouvelles UMD, des unités ou espaces fermés et deux cent chambres d'isolement supplémentaires. Elle encourageait aussi les établissements à envisager des dispositifs de vidéosurveillance, voire des dispositifs de localisation électronique pour certains patients. En revanche, la question des moyens humains n'était toujours pas abordée et aucune mesure n'était envisagée pour le renforcement des équipes soignantes permettant une meilleure prise en charge des patients. Les établissements sollicités ont dû retourner des projets argumentés, dans des délais très brefs, en vue d'obtenir des financements. Les établissements qui développaient une approche préventive renforçant la présence des professionnels, et qui ont proposé des projets créant des emplois ont essuyé un refus systématique.

La loi de 1990 prévoyait des sorties d'essai pour les patients hospitalisés sous contrainte. Afin de favoriser leur guérison, leur réadaptation ou leur réinsertion sociale, les personnes qui avaient fait l'objet d'une hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'office, pouvaient bénéficier d'aménagements de leurs conditions de traitement. Ces aménagements prenaient la forme de sorties d'essai. Une circulaire du 11 janvier 2010<sup>395</sup>, allant à l'encontre des dispositions législatives, adressait aux préfets une injonction de restreindre les autorisations de sorties d'essai. Cette circulaire conjointe, du ministre de l'intérieur et du ministre de la santé concernait le régime de sorties d'essai des personnes hospitalisées d'office<sup>396</sup>. A contre courant de la jurisprudence administrative constante, ce texte recommandait des précautions maximales. Sa rédaction ne laissait aucun doute, puisqu'elles précisaient que « [...] les considérations qui (devaient) être prises en compte pour apprécier l'opportunité d'octroyer une sortie d'essai (n'étaient) pas uniquement d'ordre médical ». Cette circulaire, modifiant les modalités d'examen des demandes de sorties d'essai par les préfets, et intervenant dans un climat sécuritaire, a réduit le nombre de sorties d'essai de façon significative. Bien que nous n'ayons pas connaissance de directives en ce sens, les préfets raisonnant par analogie, ont appliqué le même principe de précaution pour les mainlevées d'hospitalisation sous contrainte. Par extension, sans raison ou avec des raisons irrecevables, comme l'absence de domicile par exemple, les préfets se sont également opposés à des mainlevées d'hospitalisation pour des patients stabilisés. Le patient restait alors hospitalisé, le psychiatre étant dans l'incapacité de lui expliquer pourquoi, ce qui évidemment n'était pas bénéfique pour son évolution. C'est à partir du discours d'Antony, que de nombreux psychiatres, attestant que les conditions d'hospitalisation d'office n'étaient plus réunies, se sont vu opposer un refus par le préfet. Suite à cette circulaire, les

---

392 « La loi du 5 juillet 2011, une loi bio politique? », 21 Mai 2012, Médiapart.

393 COUTURIER. M, « La loi du 5 juillet 2011: vers un contrôle social psychiatrique », [www.collectifpsychiatrie.fr](http://www.collectifpsychiatrie.fr)

394 Ministère de la santé, circulaire n°DHOS/02/F2/2009/23, relative au financement par le fonds pour la modernisation des établissements de santé publics et privés (FMESPP) du plan d'amélioration de la sécurité des établissements ayant une autorisation en psychiatrie.

395 Ministère de la santé et des sports / Ministère de l'Intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, circulaire du 11 janvier 2010 : modalités d'application de l'article 3211-11 du code de la santé publique, hospitalisation d'office, sorties d'essai.

396 Art L.3211-11 du CSP.



craintes d'atteintes à l'ordre public ont rendu dans un nombre important de départements l'obtention des sorties d'essai plus difficile. Les mainlevées de mesures d'hospitalisation d'office sont devenues particulièrement aléatoires. Auparavant, les préfets suivaient très largement les avis médicaux qui leur étaient soumis et accordaient les mesures sollicitées. A partir de cette dernière circulaire, les autorités administratives ont considéré que lorsque la sortie d'essai était demandée, le patient demeurait aussi dangereux pour lui-même ou pour autrui, qu'au jour de son hospitalisation. Certains préfets ont fait procéder à des enquêtes de police, dans les lieux où vivait la personne, avant qu'elle soit hospitalisée d'office. Ces enquêtes ne pouvaient rendre compte que des faits dangereux initiaux, ayant conduit à l'hospitalisation. Au centre hospitalier du Vinatier de Lyon, un courrier du préfet du Rhône, en référence à la circulaire précitée, indiquait que la demande de sortie d'essai devait comporter « l'adresse précise du malade pendant sa sortie d'essai avec indication de la nature des personnes vivant avec lui susceptibles d'alerter l'établissement de santé ». Les psychiatres ont refusé d'appliquer ces mesures, mais la démarche du préfet révélait l'état d'esprit des autorités administratives. La tendance consistait à refuser la proposition du psychiatre à « titre préventif », et non au regard de l'état contemporain du patient. Selon ce raisonnement, entre le jour de l'hospitalisation et le moment où le psychiatre proposait un allègement des contraintes, le préfet considérait que le malade n'avait pas évolué. Ces circulaires organisaient le principe de précaution, au regard des seuls risques de troubles à l'ordre public, aspect prévalent sur l'état de santé du patient. Cette logique empêchait les professionnels soignants d'évaluer l'alliance thérapeutique et l'observance médicamenteuse des patients suivis en ambulatoire. Dans les décompensations psychiques, le problème réside souvent dans la mauvaise observance du traitement par le patient, dès que les soins ne nécessitent plus une hospitalisation, et qu'ils se poursuivent en ambulatoire. Seule la sortie d'essai, dans un contexte de surveillance médicale attentive, comme le prévoyait la loi, constituait une modalité permettant d'évaluer cette observance. Restreindre cette possibilité d'évaluation pendant la sortie d'essai, s'est avéré contre-productif. En plus de l'atteinte aux libertés individuelles, pour certains experts médicaux, cette circulaire portait atteinte au secret médical et à la déontologie médicale, puisque le médecin était tenu de fournir « tous justificatifs » demandés par le préfet dans l'instruction des demandes de sortie.

Le contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), s'est également inquiété des restrictions apportées aux sorties d'essai tout comme de mainlevées des soins contraints<sup>397</sup>. Il a d'ailleurs rendu un avis négatif sur ce sujet publié au journal officiel. Le contrôleur a manifesté son inquiétude à propos du refus opposé aux propositions des médecins, de mettre fin à une hospitalisation d'office. Il déplorait que « des mouvements soient [...] freinés sans qu'aucune considération véritablement thérapeutique ne motive ces décisions<sup>398</sup> ». Il estimait anormal que des considérations d'ordre public, s'appuyant sur des éléments antérieurs, prennent le pas sur les éléments actuels observés par le psychiatre traitant. Le Contrôleur a rappelé que la privation de liberté ne pouvait être maintenue qu'à deux conditions avérées: Une menace grave à l'ordre public devait être établie de façon absolument contemporaine et des soins dispensés à l'occasion de l'hospitalisation devaient être nécessaires. De plus, les directions tout comme le corps médical devaient être particulièrement vigilants sur la possibilité réelle donnée aux personnes hospitalisées sans consentement, de contester devant le juge la mesure dont elles étaient l'objet. Les soins apportés au malade peuvent garantir, pour des périodes plus ou moins prolongées, que le patient n'est plus dangereux. Dans cette hypothèse, la loi rendait possible l'allègement des contraintes sous la forme d'une sortie d'essai. Pour le contrôleur, le fait de se prononcer sur la liberté d'une personne, et au vu d'éléments inactuels, constituait une anomalie et un dysfonctionnement. Manifestement, l'injonction de l'exécutif sous forme de circulaire, méconnaissait l'esprit de la loi en vigueur et la capacité des soignants à améliorer l'état des patients. Le Contrôleur a de plus rappelé que l'autorité judiciaire devait jouer pleinement son rôle et trancher les conflits entre autorité administrative et corps médical. Cette circulaire a fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir<sup>399</sup>, de la part de l'association « Groupe

397 « Psychiatrie: Jean Marie DELARUE très inquiet des restrictions aux sorties d'essai et aux levées d'hospitalisation sous contrainte », (APM), 4 novembre 2010.

398 Avis du 15 février 2011 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté relatif à certaines modalités de l'hospitalisation d'office, JORF n°0067 du 20 mars 2011, texte n° 39.

399 CE, 9 mars 2010, n°337389, recours pour excès de pouvoir, Groupe Information Asile.

information asiles (GIA) ». Elle contestait l'ingérence du ministère de l'intérieur, dans un processus de soins. L'association requérante s'est appuyée sur les termes de l'article L.3211-11 du CSP, favorables à la guérison tout comme à la réadaptation. Ce texte, disposait que les personnes qui font l'objet d'une hospitalisation contrainte, peuvent bénéficier d'aménagement de leur condition de traitement sous forme de sorties d'essai, afin de favoriser leur guérison, leur réadaptation, ou leur réinsertion sociale. Les psychiatres et notamment G. Rossinelli, président de l'association nationale des experts judiciaires, se sont également ému des dispositions prévues dans cette circulaire<sup>400</sup>. Le praticien a rejoint la position des détracteurs, considérant que la circulaire était antagoniste des dispositions thérapeutiques prévues par l'article L.3211-11 du CSP. Des exemples concrets illustrent les dérives consécutives à la parution de ce texte. P. Raynaud<sup>401</sup>, psychiatre au CHS de Thuir, relatait que les gendarmes avaient ramené à l'hôpital certains patients en sortie d'essai, sous prétexte qu'ils étaient potentiellement dangereux. Certains de ces patients qui avaient un travail, l'ont d'ailleurs perdu à cette occasion. Cette situation démontre les effets négatifs générés par cette circulaire, notamment en termes de réinsertion sociale et professionnelle. Concrètement, le contrôleur a mis en évidence certains abus manifestes, dans son rapport de visite, de l'établissement de santé mentale de Thuir, en mai 2010. Constatant les refus de levée des mesures par le préfet, il a rappelé que ces décisions étaient préjudiciables aux patients, dès lors qu'un certificat médical attestait l'amélioration de leur état de santé, et que les troubles à l'origine de la mesure étaient résorbés. En effet, les enquêtes de police ou de gendarmerie, réalisées à la demande du préfet pour les sorties d'essai ou définitives, ne reprenaient que les faits initiaux ayant entraîné la mesure d'hospitalisation sous contrainte. Elles ne pouvaient se prévaloir d'aucune actualité, et augmentaient le délai de réponse apportée au patient. Le contrôleur mettait en évidence des situations arbitraires qui portaient atteinte à la prééminence du droit. Les conséquences de ce type d'injonction sur les prises en charges n'étaient pas neutres, et le terme de disqualification du psychiatre prenait ici tout son sens. Il est impossible d'expliquer à un patient que l'on est obligé de le retenir, alors que l'on vient de lui expliquer que son état de santé lui permettait de sortir. C'est ainsi que l'on a assisté, en parallèle, à une augmentation des requêtes devant le juge des libertés en vue de sortie immédiate. Il ne restait que ce seul moyen au patient pour contrecarrer l'arbitraire préfectoral.

Du point de vue de la légalité juridique, cette circulaire introduisait une disposition réglementaire et prévoyait de plus que le refus d'autorisation du préfet n'était pas susceptible de recours. C'est sur ce fondement que plusieurs recours pour excès de pouvoir ont été formés avec succès. En effet, la jurisprudence a mis à mal les dispositions prévoyant que les recours contre les refus de sorties d'essai soient irrecevables. Comme l'a confirmé le Conseil constitutionnel<sup>402</sup>, seuls des « motifs médicaux » et des « finalités thérapeutiques », associés en l'occurrence à la préservation actuelle de l'ordre public, peuvent justifier la privation de liberté. Si l'arbitrage, entre les nécessités de protection de l'ordre public, et l'état de santé, est difficile, pour autant ces incertitudes ne justifient pas un accroissement du nombre de personnes privées de liberté sans justification médicale reconnue. Des motivations d'atteinte à l'ordre public qui ne sont ni avérés ni actuels ne sont pas recevables. Si les praticiens doivent donner des assurances d'ordre médical, les autorités doivent également établir le risque qu'elles invoquent pour motiver un maintien de privation de liberté. Le Conseil d'Etat<sup>403</sup> a mis fin à l'excès de pouvoir que constituait cette circulaire. Il a considéré que « par leur nature et l'importance de leurs effets sur la situation des personnes intéressées et leur entourage, les décisions qui autorisent les sorties d'essai dans le cadre d'une hospitalisation d'office ou à la demande d'un tiers et qui en fixent les modalités, sur le fondement de l'article L.3211-11 du CSP, sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir ». La contestation d'une décision relative à une sortie est devenue recevable si elle opposait un refus ou si elle fixait des modalités de sortie trop strictes. En définitive, ces refus ou retards de sorties d'essai ou définitives, opposés par le préfet et décidés en contradiction avec les avis médicaux, reposaient sur la

---

400 ROSSELLINI. G, « Sorties d'essai : un parcours sous haute surveillance », Rhizome n° 39, juillet 2010.

401 ESCRIVA. E, « Sécurité intérieure, la nouvelle arme des préfets », 6 octobre 2010. Les Inrockuptibles.

402 CC, décision du 26 novembre 2010, n° 2010-71, QPC.

403 CE, 24 septembre 2010, n° 329628, mentionné aux tables du recueil Lebon.

seule base d'une instruction ministérielle du 11 janvier 2010 non publiée, alors que le préfet ne pouvait s'en prévaloir envers les administrés.

### **CHAPITRE 3. LA PROTECTION DES MALADES MENTAUX PAR LE CONSEIL DE L'EUROPE ET LA CEDH.**

La *Magna Carta*, rédigée en Angleterre en 1215, a inspiré la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Cette « Grande Charte des libertés d'Angleterre » affirmait le droit à la liberté individuelle. Ce texte incarnait une volonté de protection, des sujets du roi d'Angleterre, contre l'arbitraire de la couronne. Il est généralement reconnu comme le premier document dans le monde ayant prévu des mesures de protection précises des libertés individuelles. La Charte prévoyait ainsi le principe selon lequel : « Aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelques manières que ce soit ». Elle proclamait de même l'interdiction de condamner à l'emprisonnement « sans un jugement légal de ses pairs, conforme aux lois du pays ».

L'*Habeas Corpus* est un texte plus récent issu également du droit anglais. Ses principes sont intégrés dans la Convention européenne, de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce principe exactement dénommé « *habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum* », signifie « que tu disposes de ton corps pour le produire devant le tribunal ». Il s'agit du texte le plus célèbre dans l'histoire du droit des libertés, adopté par le Parlement anglais en 1679. Toujours en Angleterre, le Bill of Rights de 1689 est venu compléter les dispositions de l'*Habeas corpus*. Cette liberté fondamentale de ne pas être emprisonné sans jugement, signifie le droit à toute personne arrêtée de savoir pourquoi et de quoi elle est accusée. Ce principe se retrouve à l'article 7 de la DDHC de 1789, ainsi qu'à l'article 66 de notre Constitution française de 1958. Il inspire également la notion de sûreté personnelle consacrée dans l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, libellée comme « droit à la liberté et à la sûreté ». La CEDH envisage la situation particulière des malades mentaux au regard du principe de sûreté personnelle. Ainsi, selon les juges de Strasbourg, le fait que quelqu'un présente des idées ou un comportement qui s'écartent des normes prédominantes ne permet pas de le qualifier d'aliéné. Une privation de liberté peut intervenir seulement si trois conditions se trouvent cumulativement réunies. Sauf urgence, l'aliénation doit être établie de manière probante au moyen d'une expertise médicale objective. Le trouble mental doit de plus légitimer l'internement au regard des circonstances. En dernier lieu, l'aliénation doit persister tout au long de la durée de l'internement.

#### **SECTION 1. LE CONSEIL DE L'EUROPE PROTECTEUR DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES.**

Le Conseil de l'Europe a été créé par le traité de Londres du 5 mai 1949, dans le but de regrouper les démocraties libérales européennes défendant certains idéaux. Il compte quarante-sept pays européens qui ont souhaité adopter un texte similaire à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Les statuts du Conseil de l'Europe prévoient que l'objectif des états européens signataires est de « sauvegarder et de promouvoir les idéaux des principes qui sont le patrimoine commun des Etats membres [...] ». Selon J-P. Costa<sup>404</sup>, « Il fallait aussi réaffirmer des valeurs de paix, de justice et de liberté pour surmonter les atrocités du conflit récent, encore pires que celles de la Grande Guerre ». Cette volonté commune s'est concrétisée par l'adoption de la Convention européenne de sauvegarde, des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

##### **§1. Le rôle majeur du Conseil de l'Europe et de la Cour européenne des droits de l'homme.**

La Convention européenne de sauvegarde ; des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. C'est la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui permet de faire respecter les droits et les libertés proclamées dans la Convention. La Convention est un traité international, en vertu duquel les Etats

---

404 Rentrée solennelle de la Faculté de droit et de science économique, conférence de M. Jean-Paul COSTA, Conseiller d'Etat honoraire, Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Montpellier, 3 septembre 2010.

membres du Conseil de l'Europe garantissent les droits fondamentaux, civils et politiques. Cela concerne leurs ressortissants, ainsi que toutes les personnes relevant de leur juridiction. La CEDH rappelle avec insistance les exigences relatives aux droits de l'homme et à la protection de libertés, contenues dans la Convention. Plusieurs protocoles additionnels, tels que le rejet par le Conseil de l'Europe de la peine de mort, ont complété le texte initial. Les soubresauts politiques de la France, liés notamment à la décolonisation, expliquent qu'elle n'ait ratifié la Convention qu'en 1974. La France, très circonspecte, n'a permis à ses résidents de saisir la Cour qu'en 1981, grâce à l'action du Garde des sceaux, Robert Badinter. Les relations de la France avec le Conseil de l'Europe et la CEDH ne sont toujours pas exemplaires. C'est le cas des mesures provisoires demandées à un Etat membre, en cas de risque de violation conventionnelle, avant que la Cour ne se prononce. En l'occurrence, il s'agit le plus souvent de s'abstenir de renvoyer une personne dans son pays d'origine, si cette dernière craint pour sa vie. La France arrive en tête de ces mesures provisoires, ce qui démontre l'absence régulière de prise en compte de la position strasbourgeoise par les autorités françaises. Le Conseil de l'Europe et la jurisprudence de la CEDH exercent toutefois une influence croissante sur notre droit interne en s'appuyant sur la Convention. C'est avec la décision *Jacques Vabres*<sup>405</sup> de 1975, que la Cour de cassation a admis la supériorité du droit européen sur le droit interne. Le Conseil d'Etat plus tardif, a reconnu la supériorité du droit européen et de la Convention en 1989 avec l'arrêt *Nicolo*<sup>406</sup>. L'article 46 de la Convention organise les conséquences des décisions de la CEDH sur notre droit interne. Le paragraphe 1 dispose que la Cour ne traite que d'une affaire précise et que la décision ne s'applique qu'au cas spécifique. Le paragraphe 2 porte sur la surveillance des arrêts par le Comité des ministres. Le paragraphe 1 consacre l'effet obligatoire des arrêts à l'égard des Etats. En revanche, il ne prévoit pas, comme c'est le cas en droit de l'Union européenne, de procédure d'astreinte ou de recours en manquement.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) est entré en vigueur le 23 mars 1976, dans la continuité des principes issus de la DDHC de 1789. En matière de libertés individuelles, il a notamment pour but de garantir les dispositions prévues à l'article 2, à savoir « que toute personne dont les droits et libertés reconnus [...] auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Selon ce même article, « l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours ». Le Pacte formule la recommandation de « développer les possibilités de recours juridictionnel ainsi que la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié ». Il pèse donc sur les Etats signataires une obligation de donner effet aux droits garantis par le Pacte. Certains Etats, comme la France, estiment que droit interne et international constituent un seul et même ordre juridique. La France a incorporé le Pacte dès sa ratification, selon les règles de l'article 55 de la Constitution de 1958. Dans la pratique, le Pacte est très peu invoqué. Les parties lui préfèrent, soit le droit interne, lorsqu'il est suffisant, soit la Convention européenne, entrée en vigueur vingt-trois ans plus tôt. La Convention est mieux connue des juristes et plus proche des cultures juridiques des Etats membres du Conseil de l'Europe. De plus, le système juridique de la Convention européenne repose sur une protection juridictionnelle des droits, assurée par la CEDH. Les décisions de la CEDH ont autorité de chose jugée et donc force obligatoire. Les juges français s'appuient sur le Pacte, mais seulement à titre complémentaire, surtout pour conforter leur interprétation au vu de la Convention. A titre indicatif, l'article 9 du Pacte qui reprend les principes des articles 5 et 6 de la Convention, est plus restrictif. Il ne cite pas expressément la privation de liberté liée aux internements psychiatriques.

La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est entrée en vigueur en 1987. Ratifié par les 47 Etats membres du Conseil de l'Europe, ce texte constitue une déclinaison de la Convention, rappelant qu'aux termes de l'article 3, « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Le Comité européen

---

405 Cass, ch mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabres*.

406 CE, 20 octobre 1989, n°108243, *Nicolo*, publié au recueil Lebon.

pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) est un organe spécifique du Conseil de l'Europe. Il vise à prévenir les cas de torture et autres traitements inhumains ou dégradants, sur le territoire des États signataires. L'article 1<sup>er</sup> de la Convention, pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, définit le rôle précis du Comité. A l'occasion des visites qu'il effectue, à tout moment et dans tous les lieux, le Comité examine le traitement des personnes privées de liberté en vue de renforcer, le cas échéant, leur protection. Sa priorité consiste à prévenir ces traitements dans des lieux où des individus sont retenus contre leur gré par la force publique. A ce titre, les établissements de soins psychiatriques, lieux privatifs de libertés, sont du domaine de compétence du Comité. Ce dernier publie un rapport d'activités annuel dans lequel il présente le travail effectué. Si ses rapports sont en principe confidentiels, il peut décider de s'exprimer publiquement dans le cas où l'État destinataire ne procéderait pas aux améliorations recommandées. En revanche, si l'État visité le souhaite, il peut demander la publication du rapport du Comité et des commentaires qu'il y aurait apportés.

L'Union Européenne a adopté la Charte des droits fondamentaux le 7 décembre 2000. Elle reprend un certain nombre de droits contenus dans la Convention européenne. Elle complète ainsi la protection des droits de l'homme, dans les vingt-sept pays de l'Union. Proclamée au sommet de Nice, le 7 décembre 2000, la Charte est entrée en vigueur le 10 décembre 2009 avec le traité de Lisbonne. Elle établit un lien étroit entre les droits fondamentaux de l'UE et ceux du Conseil de l'Europe. Les principes de la Convention européenne constituent le minimum de droits à respecter par les pays de l'Union. Le Traité sur l'Union renvoie explicitement à l'article 6 de la Charte, disposant que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ». La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) peut être saisie par la Commission européenne ou un État membre pour contrôler l'application du droit de l'Union. En résumé, l'Europe des droits de l'homme comprend deux types de protections. Une première protection limitée et indirecte est assurée par l'Union Européenne. Une protection plus directe de prédilection est assurée par la CEDH, qui peut ainsi constituer un degré de juridiction supplémentaire.

La CEDH est une juridiction internationale, compétente pour statuer sur des requêtes des citoyens ou des États signataires, relatives à des violations des droits civils et politiques énoncés par la Convention. Depuis 1998, la Cour siège en permanence, elle peut être saisie directement par tout citoyen français, après épuisement des recours internes. Dès 1981, R. Badinter a œuvré pour faire aboutir ce droit de saisine directe<sup>407</sup>. L'exemple de la garde à vue est le plus emblématique des interventions de la CEDH contre la France en matière d'abus de pouvoir. Les gardes à vues n'étaient plus décidées pour les besoins de l'enquête, mais plutôt dans un but statistique. Il s'agissait du corollaire indissociable de la culture du résultat. Grâce aux juges du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation, s'appuyant sur la juridiction de Strasbourg, le Gouvernement français a dû se mettre en conformité avec les principes respectés partout ailleurs. Il s'agissait là d'une victoire particulièrement importante pour le respect des libertés individuelles. A cette occasion, le droit européen impulsé par le Conseil de l'Europe, a démontré son influence particulièrement importante sur le droit interne français. Par sa jurisprudence, il apporte des garanties procédurales essentielles à la protection des libertés individuelles. La Convention européenne exige également que les justiciables soient égaux devant la justice. Les justiciables qui se trouvent dans une même situation, doivent être jugés par les mêmes tribunaux, selon les mêmes règles, à la fois de procédure et de fond. Ce principe d'égalité de traitement, prescrit par la Convention, implique de faciliter l'accès au droit des justiciables. Ceci nécessite que l'accessibilité et l'intelligibilité des textes de loi soient reconnues comme des objectifs à valeur constitutionnelle et que cela soit réellement pris en compte par le législateur dans le droit interne.

## **§2. Le principe du droit à un procès équitable.**

Selon l'article 13 de la Convention, chacun a droit à un recours effectif, si ses droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés. Ce recours doit s'exercer devant une instance nationale, même si la

---

407 BADINTER. R, *Les épines et les roses*, Fayard, 2011.

violation a été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Cet article énonce un droit général d'accès au procès et au juge par tout justiciable, quelle que soit sa situation. Lorsqu'elle statue sur l'indépendance d'un tribunal, la CEDH prend en considération le mode de désignation de ses membres et la durée de leur mandat. Elle vérifie également l'existence éventuelle de garanties contre les pressions extérieures. Cette instance examinée doit présenter les apparences de l'indépendance<sup>408</sup>. Les juges de Strasbourg estiment que tout tribunal doit être indépendant à l'égard de l'exécutif comme des parties<sup>409</sup>. L'affaire *Zand c. Autriche*, traitée par la CEDH, démontre la nécessité d'un tribunal qui soit établi par la loi, et non par le pouvoir exécutif. Selon cette décision se fondant sur l'article 6-1 de la Convention, les tribunaux doivent être établis par la loi dans une société démocratique. Ceci a pour objet d'éviter que l'organisation du système judiciaire ne soit laissée à la seule discrétion de l'exécutif. Cette matière doit être régie par une loi votée par le législateur. Le droit à un procès équitable comprend également le respect du principe de l'égalité des armes et d'un juste équilibre entre les parties<sup>410</sup>. Chaque partie doit avoir une possibilité raisonnable de présenter sa cause devant une juridiction. Les conditions ne doivent pas la désavantager par rapport à la partie adverse. Le droit à un procès équitable suppose également une procédure contradictoire, caractérisée par la faculté, pour une partie, de prendre connaissance de toute observation ou pièce produite par l'autre partie et d'en débattre<sup>411</sup>. L'article 5 de la Convention définit le principe du droit à la liberté et à la sûreté personnelle. Il le soumet toutefois à quelques exceptions légales qui autorisent l'arrestation dans des circonstances précises. Au nombre de ces circonstances figurent les personnes soupçonnées d'actes criminels ou l'emprisonnement de personnes déjà condamnées par un tribunal. L'article 5 prévoit également le droit d'être informé des raisons de l'arrestation et des charges retenues contre soi, dans une langue que l'on comprend. Il affirme la nécessité d'un recours rapide devant un tribunal pour déterminer la légalité de l'arrestation ou de la détention. Cet article essentiel prévoit enfin le droit d'être jugé ou libéré dans un délai qualifié de raisonnable. Une compensation réparatrice est également prévue en cas d'arrestation ou de détention en violation de ce même article. Selon A. Pouille, la liberté d'aller et venir est la forme « capitale de l'extériorisation de la liberté<sup>412</sup> ». La liberté d'aller où bon nous semble, relève donc du principe général de liberté, inscrit à l'article 5 de la Convention. La liberté d'aller et venir constitue enfin un principe fondamental<sup>413</sup> de valeur constitutionnelle en droit français. Affirmé par les sages en 1979, il figure parmi les « principes fondamentaux de notre droit constitutionnel ». Cette liberté est totale à l'intérieur du territoire national. Ainsi, chacun peut circuler sur l'ensemble du territoire, dès lors qu'il y est régulièrement entré. L'article 2 alinéa 1er du protocole 4 de la Convention vient confirmer le droit de chacun à se déplacer librement à l'intérieur de son pays. Il prévoit également le droit de quitter son pays conformément au droit interne. Il proscrit de plus toute interdiction générale d'exercer cette liberté.

L'article 5-1 de la Convention prévoit entre autres la détention régulière des personnes susceptibles de propager une maladie. Les aliénés, alcooliques, toxicomanes ou vagabonds sont concernés par les dispositions particulières prévues à l'article 5. Selon l'arrêt *Winterwerp c. Pays Bas* du 24 octobre 1979, le terme d'aliéné ne se prête pas à une interprétation définitive. En effet, son sens ne cesse d'évoluer en lien avec les progrès de la recherche psychiatrique et des traitements. De même, la perception de l'aliénation évolue, en lien avec les changements d'attitude, face aux maladies mentales. Pour être conforme à la Convention, l'internement d'un aliéné doit respecter les critères précis énoncés dans l'arrêt *Winterwerp c. Pays Bas*. Une expertise médicale objective s'impose, qui doit démontrer que le patient souffre d'un trouble mental. Ce trouble doit revêtir de plus un caractère ou une ampleur qui légitime l'internement. Enfin, l'internement ne pourra se prolonger valablement que s'il y a persistance de ce même trouble. Dans l'arrêt définitif de la Grande Chambre, rendu le 17 janvier 2012 dans l'affaire

---

408 CEDH, 28 juin 1984, Req n°7819/77 et 7878/77, affaire *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*.

409 CEDH, 16 juillet 1971, Req n°2614/65, affaire *Ringeisen c. Autriche*.

410 CEDH, 24 février 1997, Req n°19983/92, affaire *De Haes et Gijssels c. Belgique*.

411 CEDH, 23 juin 1993, Req n°12952/87, affaire *Ruiz-Mateos c. Espagne*.

412 POUILLE. A, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz 15e édition, 2004, Pierre-Henri Prelot, Droit des libertés fondamentales. 2e édition. Hachette, 2010.

413 CC, décision du 12 juillet 1979, n°79-107 DC, Ponts à péage, considérant 2.

*Stanev c. Bulgarie*<sup>414</sup>, la Cour est revenue sur les recours à l'hospitalisation sous contrainte, pour motif psychiatrique. Elle a précisé dans cette affaire que la détention d'une personne souffrant de troubles mentaux peut s'imposer à deux titres. C'est le cas pour les soins mais également lorsqu'elle nécessite une surveillance pour sa sécurité et celle des tiers.

L'affaire *Vermote*<sup>415</sup> est particulièrement éclairante quant à l'application des exigences de la Convention européenne, en matière de délai raisonnable. En l'espèce, le patient a fait l'objet d'une hospitalisation d'office en septembre 2003, renouvelée début octobre 2003 puis début janvier 2004. Cette procédure faisait suite à des violences conjugales qui ont fait l'objet de poursuites pénales et d'une peine de prison avec sursis. Par une requête du 4 décembre 2003, le patient a saisi le juge des libertés et de la détention en vue de sortie immédiate, conformément à l'article L.3211-12 du CSP. Par ordonnance en date du 31 décembre 2003, le juge a mandaté deux experts psychiatres. Ces derniers ont rendu un avis favorable pour la sortie du patient. Par une nouvelle ordonnance du 6 février 2004, le juge a ordonné l'audition de l'épouse et de la fille du patient qui fut réalisée le 9 mars 2004. Une troisième ordonnance du 30 mars 2004 exigeait de l'épouse et de la fille, de fournir les renseignements concernant leur propre situation médicale, dans l'attente de la décision au fond. Le patient a fait appel de cette dernière ordonnance. En l'espèce, il souhaitait savoir si au cours d'une procédure de « sortie immédiate » le juge pouvait exiger des investigations complémentaires successives, en plus de l'expertise psychiatrique sur laquelle il est d'usage de statuer « en la forme des référés ». La Cour d'appel de Paris a relevé le juge n'avait pas pris de décision au fond que lors de sa saisine, alors qu'il avait été saisi depuis le 4 décembre 2003. Il avait par contre initié une nouvelle mesure d'instruction, invitant l'épouse et la fille du requérant à fournir des renseignements concernant leur situation médicale personnelle. Allant dans le sens du patient, les juges d'appel ont fait application de l'article 5-4 de la Convention, exigeant de statuer à bref délai sur la légalité de la détention. La Cour d'appel a considéré que le juge des libertés et de la détention qui est le gardien de la liberté individuelle, doit statuer « à bref délai », en vue de « sortie immédiate ». Il doit intervenir alors « en la forme des référés », c'est-à-dire à l'occasion d'une procédure rapide. La Cour a de plus considéré le contenu de l'article 5 de la Convention comme « un principe juridique fondamental », celui-ci permettant un recours en cas d'un excès de pouvoir du juge. Par exception, l'appel en nullité du patient fut possible sans qu'intervienne un jugement sur le fond. Bien qu'aucune question de fond n'ait été tranchée par le premier juge et qu'il n'ait été procédé qu'à des mesures d'instruction, l'appel en nullité était recevable, du seul fait du déni de justice, compte tenu notamment du délai excessif écoulé.

L'article 6 de la Convention européenne définit précisément le droit à un procès équitable. Il s'agit du droit à une audience publique qui doit se tenir devant un tribunal indépendant et impartial en respectant la présomption d'innocence. Il prévoit également de disposer du temps et des facilités pour préparer sa défense, notamment l'assistance d'un avocat, la possibilité de faire interroger des témoins ainsi que l'assistance gratuite d'un interprète. L'article 13 vient compléter le dispositif en fixant des exigences envers les Etats membres. Ces derniers sont tenus d'aménager un recours effectif au justiciable dans leur droit interne sur la base de la Convention. La CEDH a explicité l'exigence de publicité des débats dans l'arrêt *Axen c. République fédérale d'Allemagne*<sup>416</sup>. Selon les termes de la Cour, « la publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6-1, protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux ». La transparence que la publicité procure à l'administration de la justice, aide à réaliser l'objectif but de l'article 6-1 relatif au procès équitable. Devant les juridictions, l'audience publique constitue donc un principe indispensable, permettant de respecter les exigences de l'article 6-1 de la Convention. Le droit à une audience publique est assorti du droit à une audience également contradictoire. La Cour a cependant prévu des exceptions, notamment pour le déroulement à huis clos

---

414 CEDH, 17 janvier 2012, Req n° 36760/06, affaire *Stanev c. Bulgarie*.

415 CA de Paris, 1ère chambre - Section B, n° 04/06710, arrêt du 17 juin 2004, *Max Vermote c/ Préfecture des Hauts-de-Seine et Agent Judiciaire du Trésor*.

416 CEDH, 8 décembre 1983, , Req n° 8273/78, affaire *Axen c. République fédérale d'Allemagne*.



de procédures disciplinaires relatives à l'exercice de certaines professions, mais sous réserve que les circonstances s'y prêtent. Parmi les facteurs à prendre en considération, pour juger de la nécessité d'une audience publique, figurent le respect du secret professionnel et de la vie privée des clients ou patients<sup>417</sup>. Si la CEDH vise à favoriser l'équité du procès en instaurant une certaine transparence, elle considère cependant que l'expression « rendu publiquement » ne signifie pas obligatoirement que le jugement doit être systématiquement lu dans l'enceinte du tribunal. Ainsi, dans l'affaire *Pretto et autres c. Italie*, elle a précisé qu'il convient d'« apprécier à la lumière des particularités de la procédure dont il s'agit, et en fonction du but et de l'objet de l'article 6-1, la forme de publicité du jugement prévue par le droit interne de l'Etat en cause<sup>418</sup> ».

La sûreté constitue une liberté primaire dont J. Rivero<sup>419</sup> affirme qu'elle est beaucoup plus qu'une liberté particulière ayant un objet déterminé. Elle représente de manière plus extensive la garantie juridique de l'individu et de sa liberté face au pouvoir. Rappelons également que l'atteinte aux libertés individuelles est sévèrement punie par le juge répressif, surtout si elle est le fait d'une autorité publique. Selon l'article 432-4 du Code pénal, si une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, ordonne ou accomplit arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle, alors elle commet un délit puni d'emprisonnement et d'amende. Ce même article dispose enfin que, lorsque l'acte attentatoire consiste en une détention ou une rétention d'une durée de plus de sept jours, alors il s'agit d'un crime puni de réclusion criminelle et d'amende.

### §3. Protection de la vie privée et inviolabilité du domicile.

La Déclaration universelle des droits de l'homme dispose, en son article 12, que nul ne doit être l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance. Nul ne doit être l'objet d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes<sup>420</sup>. Par principe, la protection des données à caractère personnel revêt donc une importance fondamentale pour la jouissance du droit à une vie privée. La divulgation est toutefois possible, seulement si l'intérêt public associé à la divulgation l'emporte sur le droit de l'individu au respect de sa vie privée. Cela s'apprécie au vu du but poursuivi et des garanties entourant les modalités de la révélation. Ces principes se déclinent à l'article 8 de la Convention, la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée reste possible dans des conditions strictes. L'article 8 de la Convention européenne détermine les critères de proportionnalité. Ainsi, cette ingérence doit être prévue par la loi et constituer précisément « une mesure [...] nécessaire à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». En droit interne, l'article 9 du Code civil dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Le Code civil précise que les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée. De plus, s'il y a urgence, ces mesures peuvent être ordonnées en la forme du référé. La jurisprudence de la Cour de cassation<sup>421</sup> affirme depuis 1990 que « toute personne, quels que soient son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée ». Les atteintes à cette protection constituent également des délits dont la sanction est prévue à l'article 226-1 du Code pénal.

---

417 CEDH, 10 février 1983, affaire *Albert et Le Compte c. Belgique*, série A n°58.

418 CEDH, 8 décembre 1983, Req n° 7984/77, affaire *Pretto et autres c. Italie*.

419 RIVERO. J, *Libertés publiques*, T.2, PUF, 1989.

420 Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948.

421 Cass, 1e ch Civ, 23 octobre 1990, n°89-13-163, Publie au bulletin.

Pour la CEDH, le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les parties contractantes à la Convention<sup>422</sup>. La CEDH a condamné la France pour non-respect de l'article 8 de la Convention dans un arrêt *Société Colas Est et autres c. France*<sup>423</sup> de 2002, décision toutefois non spécifique de l'internement psychiatrique. Dans une jurisprudence particulièrement stricte, la CEDH<sup>424</sup> rappelle que la législation interne, doit ménager des garanties empêchant toute divulgation de données relatives à la santé, qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention. Cette exigence est formulée dans l'affaire *M.S. c. Suède*. Elle permet non seulement de protéger la vie privée des malades, mais également de préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé. L'absence de cette protection, pour les personnes nécessitant des soins, pourrait les dissuader de fournir les informations nécessaires à un traitement ou à la consultation d'un médecin. Non seulement la santé du patient est en jeu, mais également celle de la collectivité dans son ensemble, vu que cette perte de confiance pourrait entraîner des problèmes sérieux de santé publique. De manière plus spécifique, en droit de la santé l'article L.1110-4 du CSP dispose que toute personne prise en charge a droit au respect de sa vie privée et au secret des informations la concernant.

Les soins psychiatriques contraints constituent intrinsèquement une atteinte à la vie privée. L'arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005, retient la violation de l'article 8 relatif à la protection de la vie privée, au sujet des internements d'une requérante qui n'avaient pas été ordonnés par une décision de justice. Dans l'arrêt *Shopov c. Bulgarie* du 2 septembre 2010, l'imposition de soins psychiatriques pendant plus de cinq ans constitue également une violation de l'article 8 de la Convention. Dans cette affaire, l'ingérence continue, dans le droit au respect de la vie privée, était constituée par l'internement psychiatrique. Si l'internement avait bien une base légale, en revanche il n'avait pas bénéficié des contrôles judiciaires réguliers, prévus par la loi.

En termes de recommandations, selon la HAS<sup>425</sup>, la vie privée se définit tout d'abord au regard de l'identité du sujet. Elle ne se réduit pas à son état civil, mais s'étend à sa personnalité, son histoire, sa culture, son exercice professionnel passé ou présent, sa scolarité, ses habitudes de vie, ses liens familiaux ou sociaux et ses convictions philosophiques ou religieuses. La Haute autorité précise que « la notion de vie privée se caractérise aussi par le respect de l'intimité de la personne, le secret de sa correspondance et son intimité familiale ou sentimentale ».

#### **§4. Protection des libertés individuelles par la jurisprudence de la CEDH.**

La jurisprudence de la CEDH exerce une forte influence sur les Etats condamnés mais pas seulement. Elle rejaillit également sur tous les Etats européens. En l'occurrence, le juge de la CEDH a influencé considérablement le juge français. Non seulement les juges nationaux ont dû se conformer à ses décisions, mais les Etats ont dû en plus modifier leur législation interne. La légitimité de la CEDH et de sa jurisprudence repose sur la compétence de ses juges, mais également sur son texte fondateur signifiant clairement que « le maintien des libertés [...] repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique ». Les arrêts rendus par la CEDH sont déclaratoires. Cependant, s'ils déclarent l'existence ou non d'une violation de la Convention et des protocoles additionnels, ils n'ont pas de portée exécutoire en droit interne. La Cour ne peut abroger les lois ni annuler les décisions de droit interne à l'origine de la violation des droits. Si les arrêts de la Cour ont seulement une portée individuelle, qui se limite à l'indemnisation, leur multiplication et leur convergence influence toutefois le droit interne des Etats. En effet, il appartient au juge interne de se prononcer au regard des principes conventionnels, ce qui incite le législateur à intervenir. Le Conseil de l'Europe a formulé d'importantes

---

422 CEDH, 25 février 1997, Req n° 22009/93, affaire *Z. c / Finlande*.

423 CEDH, 16 avril 2002, Req no 37971/97, affaire *Société Colas Est et autres c. France*.

424 CEDH, 27 août 1997, Req n° 20837/92, affaire *M.S. c. Suède*, point 41.

425 Conférence de consensus. Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et de sécurité. ANAES. 24 et 25 novembre 2004.

recommandations<sup>426</sup> spécifiques envers l'ensemble des Etats membres. Relatives à la protection de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, elles reprennent et adaptent les principes conventionnels généraux à la situation des personnes atteintes de troubles mentaux. L'article 5-1 de la Convention permet la détention régulière d'un aliéné. Cependant, les juges de Strasbourg ont expliqué que la détention n'a pas pour seul motif de les considérer comme parfois dangereux pour la sécurité publique. Leur intérêt personnel peut également nécessiter leur internement<sup>427</sup>. La Convention ne précise toujours pas ce qu'il faut entendre par « aliéné », vu que ce terme ne se prête pas à une interprétation définitive. Son sens ne cesse d'évoluer grâce aux progrès de la recherche psychiatrique, à la souplesse croissante du traitement, mais aussi aux changements d'attitudes du corps social envers les maladies mentales. La Cour rappelle enfin, comme une évidence, que l'on ne peut considérer que l'article 5-1 autorise à détenir une personne, du seul fait que ses idées ou son comportement s'écartent des normes prédominant dans une société donnée. En résumé, la détermination de l'aliénation d'une personne doit s'effectuer conformément au droit interne et à l'application de celui-ci à l'espèce en cours, ainsi qu'à l'état des connaissances psychiatriques, mais à l'exclusion de toute autre considération.

La CEDH produit une importante jurisprudence<sup>428</sup> relative aux problèmes de liberté liés aux troubles mentaux. La nécessité d'un trouble mental justifiant la détention a été affirmée par la Cour dans l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*<sup>429</sup>. Il s'agissait d'un long internement subi sans évaluation médicale régulière. La CEDH saisie a confirmé que l'internement ne peut se prolonger valablement sans la persistance d'un trouble mental médicalement constaté. Elle a considéré, en l'occurrence, qu'il y avait eu violation des articles 5-4 et 6-1 de la Convention. La Cour précise qu'il faut démontrer devant l'autorité nationale compétente un trouble mental réel. Non seulement le trouble doit revêtir un caractère et une ampleur légitimant l'internement, mais qui plus est, cet internement ne peut se prolonger valablement sans la persistance du trouble. La simple existence d'un trouble mental ne suffit pas à légitimer un internement psychiatrique, il est indispensable de constater la gravité et la permanence des troubles. Afin d'établir de manière probante l'aliénation et sa gravité, une expertise médicale objective est en plus requise. En déterminant trois conditions minimales à la validité d'une privation de liberté, d'une personne atteinte d'un trouble mental, l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas* constitue le mode opératoire pour mettre en oeuvre la procédure d'internement d'un malade mental.

La jurisprudence spécifique des troubles mentaux montre que la CEDH est saisie le plus souvent sur le droit de voir sa cause entendue dans un délai raisonnable, conformément à l'article 6 de la Convention. Les juges de Strasbourg ont estimé dès 1999 que le retard général du système judiciaire italien constituait une pratique administrative incompatible avec la Convention. A cette occasion, la Cour a adressé à l'ensemble des Etats membres une injonction précise. Selon la juridiction strasbourgeoise, si l'existence d'un recours devant elle est nécessaire, elle n'est en soi pas suffisante. Il faut que les juridictions nationales aient la possibilité d'appliquer directement la jurisprudence européenne en droit interne et que leur connaissance de cette jurisprudence soit facilitée par l'Etat en question. La Cour reprend ici son argumentation de l'affaire *Stögmüller c. Autriche*<sup>430</sup>. Cette garantie tend à protéger tous les justiciables contre les lenteurs excessives de la procédure. L'objectif est de garantir, dans un délai raisonnable, au moyen d'une décision de justice, la fin de l'incertitude d'une personne quant à sa situation en droit civil ou en matière pénale. Ces décisions préservent le principe de sécurité juridique.

---

426 REC(2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux et son exposé des motifs adoptée par le Comité des Ministres le 22 septembre 2004 lors de la 89 réunion des Délégués des Ministres.

427 CEDH, 6 novembre 1980, Req n°7367/76, affaire *Guzzardi c/ Italie*.

428 HERVIEU, N, *Droit à la liberté et à la sûreté (Art. 5 CEDH), hospitalisation d'office et insuffisante célérité du contrôle de la légalité de la détention*, Actualités Droits Libertés du 18 avril 2011, lettre du Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux-Université Paris Ouest Nanterre-La Défense(CREDOF).

429 CEDH, 24 octobre 1979, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, req n°6301/73..

430 CEDH, 10 novembre 1969, affaire *Stögmüller c. Autriche*, série A

Dans l'affaire *Patoux c. France*<sup>431</sup> jugée le 14 avril 2011, la CEDH rappelait à la France la nécessité du délai raisonnable et du bref délai. Une première audience s'était tenue devant le JLD, mais plus de 20 jours après la demande de sortie immédiate, au cours de laquelle le juge a ordonné une expertise psychiatrique. La procédure a duré quarante-six jours après le dépôt de la demande de sortie immédiate avant de rendre la décision. La CEDH a finalement estimé à cette occasion, que les autorités compétentes n'avaient pas statué « à bref délai », violant ainsi l'article 5-4 de la Convention. On retrouve la même problématique de bref délai et délai raisonnable dans l'affaire *Delbec c. France*<sup>432</sup>, jugée le 18 juin 2002. La CEDH a relevé que le tribunal n'avait accompli aucun acte pendant les quatorze jours suivant sa saisine en vue de sortie immédiate. La Cour a alors rappelé que la pratique normale est de nommer immédiatement un expert afin qu'il examine l'intéressé et qu'il donne son avis sur la demande de sortie. En l'occurrence, la décision de nommer un expert a été prise alors que la requérante était déjà en sortie d'essai. La Cour a rappelé que le délai total de trois mois et demi était manifestement excessif au regard de la nécessité de bref délai prévu par l'article 5-4 de la Convention. L'affaire *S.U c. France*<sup>433</sup>, jugée le 10 octobre 2006, relève également de la même logique que les précédentes, au regard du délai raisonnable. La requérante en hospitalisation avait le procureur de la République d'une demande de sortie immédiate le 11 juillet 2002. Cette demande ne fut transmise au juge que le 23 juillet 2002. Un mois plus tard, le juge des libertés et de la détention a désigné un expert. Le JLD a rendu sa décision le 10 février 2003, soit environ sept mois après le dépôt de la demande. La CEDH a donc estimé qu'un tel délai ne pouvait être reconnu comme « bref », au regard de l'article 5-4 de la Convention. Le délai raisonnable figure enfin au cœur de l'arrêt *Nowicka c. Pologne* du 3 décembre 2003. La détention de la requérante avait duré pendant quatre-vingt-trois jours, pendant lesquels des examens psychiatriques ont été ordonnés, à l'occasion de poursuites engagées à la suite d'un conflit de voisinage. La CEDH a retenu à cette occasion la violation de l'article 5-1 de la Convention au regard du délai excessif.

L'obligation d'information dans le cas de soins sans consentement a été souligné dans l'arrêt *Van der Leer c. Pays Bas*<sup>434</sup>. Dans cet arrêt, la CEDH considère que l'article 5-2 de la Convention est applicable aux personnes internées en psychiatrie. Il prévoit que toute personne arrêtée doit être informée dans les plus courts délais des raisons de son accusation et de toute accusation portée contre elle. Par analogie, le patient doit être informé au plus vite de sa situation juridique et de ses droits de recours.

L'administration forcée de traitements médicamenteux a également été examinée par la CEDH dans l'affaire *Schneiter c. Suisse*<sup>435</sup>. A cette occasion, la Cour a considéré par principe, qu'une médication forcée constituait une atteinte à la vie privée et violait l'article 8 de la Convention. Cependant, elle a dans le même temps retenu que cette pratique pouvait ne pas constituer pas une atteinte à la vie privée. Il fallait pour cela qu'elle repose sur une base légale en droit interne et sur une nécessité légitime, compatible avec les principes d'un Etat démocratique.

La CEDH a remis en cause en 2001 le conflit de juridictions existant en droit interne français en matière d'internement psychiatrique. Dans l'arrêt *Vermeersch c. France*<sup>436</sup> du 30 janvier 2001, la Cour a assimilé tout vice de forme affectant la décision de placement à une atteinte à la liberté individuelle. La CEDH en a déduit les conséquences sur la répartition des compétences telle qu'elle existait en France entre le juge administratif et le juge judiciaire. Conformément à l'arrêt *Aerts. c. Belgique* du 30 juillet 1998, la liberté individuelle doit être considérée comme un droit civil. Dès lors, tout contentieux relatif à l'atteinte à la liberté individuelle relève des dispositions de l'article 5 de la Convention, y compris pour les aliénés. Après ce rappel la Cour de Strasbourg a établi que le contentieux de la légalité externe des décisions de placement en hôpital psychiatrique est un contentieux de l'atteinte à la liberté individuelle, relevant

---

431 CEDH, 14 avril 2011, affaire *Patoux c. France*, req n°35079/06.

432 CEDH, 18 juin 2002, affaire *Delbec c. France*, req n°43125/98.

433 CEDH, 10 octobre 2006, affaire *S.U.c. France*, req n°23054/03.

434 CEDH, 21 février 1990, affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*, req n°11509/85.

435 CEDH, 31 mars 2005, affaire *Schneiter c. / Suisse*, req n°63062/00.

436 CEDH, 30 janvier 2001, affaire *Vermeersch c. France*, req n°39277/98.

dès lors également des dispositions de l'article 6-1 et par voie de conséquence du juge judiciaire. Ainsi, le contentieux de l'excès de pouvoir et l'annulation des décisions administratives pour vice de forme, est élevé par la CEDH au rang de contentieux de l'atteinte à la liberté individuelle. Pour la CEDH, le juge administratif perd sa compétence au bénéfice du juge judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution qui fait du juge judiciaire le gardien naturel et exclusif de la liberté. Pour la CEDH, lui seul peut connaître de toute atteinte à la liberté individuelle. Cette double compétence, du juge administratif et du juge judiciaire, a également été mise en cause dans l'arrêt *Baudoin c France*<sup>437</sup> du 18 novembre 2010. Dans cette affaire, la CEDH a condamné la France pour absence de possibilité effective de faire statuer à bref délai, sur la légalité de l'internement psychiatrique. En l'espèce, le requérant avait obtenu l'annulation des arrêtés préfectoraux successifs le concernant devant la juridiction administrative, mais sans que sa sortie ne soit accordée par le juge judiciaire. Dans cette affaire, c'est la complexité due à la répartition des compétences juridictionnelles entre les deux ordres de juridiction, qui a été condamnée par la CEDH. Cette complexité privait le requérant d'un recours effectif lui permettant d'obtenir une décision judiciaire permettant par voie de conséquence, de mettre fin à la privation de liberté irrégulière. Cette situation était emblématique des effets pervers de la dualité de compétences juridique propre au domaine de l'internement psychiatrique français. La jurisprudence interne a pourtant persisté dans la contradiction avec la CEDH, ignorant de même l'article 66 de la Constitution. Le droit interne considérait toujours que l'arrêté d'hospitalisation sous contrainte relevait d'une prérogative de puissance publique qui devait être soumis au juge administratif pour contrôle de légalité. Le Conseil constitutionnel, amené à se prononcer, a réaffirmé la place du juge administratif<sup>438</sup> comme juge de droit commun de l'administration. Les sages ont cependant précisé que ce principe s'appliquait « [...] à l'exception des matières réservées, par nature, à l'autorité judiciaire, en particulier l'atteinte à la liberté individuelle » Cette réserve fondamentale, formulée en 1987, militait déjà pour l'unification, déjà inéluctable, du contentieux de l'internement devant le juge judiciaire, conformément à la jurisprudence européenne et au droit en vigueur dans l'ensemble des pays d'Europe.

La CEDH porte également un regard sévère sur la rétention de sûreté. Confirmant l'avis de P. Mazeaud, la décision de la CEDH du 17 décembre 2009<sup>439</sup> laisse à penser que la France pourrait être condamnée pour violation de l'article 7-1 de la Convention. Pour la Cour, la détention de sûreté en Allemagne, ou rétention de sûreté en France, s'analyse en une « peine » privative de liberté. Cette peine doit être prévisible au moment où la personne commet l'infraction sur laquelle elle s'appuie, fût-ce indirectement, et non pas au moment où elle enfreint les obligations de la surveillance de sûreté. La CEDH apporte une importante contribution au débat relatif aux mesures de rétention ou détention de sûreté, qui sont diversement présentes au sein des législations nationales en Europe. Si elle confirme qu'elle ne s'oppose pas frontalement et par principe à ces techniques, la Cour de Strasbourg signifie toutefois sa volonté de les soumettre à des exigences conventionnelles. Par ailleurs, dans une affaire concernant l'Allemagne, la Cour a évoqué la récente législation française relative à la rétention de sûreté ainsi que la décision du Conseil constitutionnel le 21 février 2008<sup>440</sup>. A cette occasion, la Cour a contredit partiellement l'analyse du Conseil constitutionnel français, en qualifiant la détention de sûreté de « peine », au sens de la Convention. Les juges de Strasbourg considèrent que l'intention de protéger les victimes potentielles, ne justifie pas la violation de l'article 5 par les autorités. En l'occurrence le requérant avait été maintenu en détention au-delà du délai de dix ans. Elle raisonne de la même manière quant à l'interdiction des peines rétroactives au vu de l'article 7 de la Convention. La CEDH précise que cette disposition, ne peut faire l'objet de dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation. Un État ne peut pas invoquer la protection d'un impératif conventionnel, pour justifier la négation d'un droit individuel, lui aussi conventionnellement garanti. La Convention oblige les Etats membres à prendre des mesures proportionnées pour empêcher les mauvais traitements. Cependant, les Etats ne sont pas autorisés à protéger les individus des actes criminels de

---

437 CEDH, 18 novembre 2010, affaire *Baudoin c. France*, req n°35935/03.

438 CC, décision du 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, Loi transférant à la juridiction judiciaire, le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.

439 CEDH, 17 décembre 2009, affaire *M. c. Allemagne*, req n°19359/04.

440 CC, décision du 21 février 2008, n° 2008-562 DC.

personnes, par des mesures en contradiction, avec les droits conventionnels de ces mêmes personnes. C'est évidemment le cas au regard du droit à la liberté. La Cour constitutionnelle allemande a tenu compte des conséquences de la jurisprudence de la CEDH<sup>441</sup>. Elle a jugé inconstitutionnelle l'intégralité des dispositions de la loi relative à la décision et, à la durée de la détention de sûreté. Les juges de Strasbourg attendent manifestement des juges nationaux constitutionnels, que la volonté de la CEDH soit prise en compte dans les droits internes. La CEDH considère en effet que les juridictions internes doivent assurer le rôle de juges de droit commun au regard de la Convention européenne. Cependant, la CEDH est consciente de la nécessité d'éviter les vides juridiques consécutifs à la disparition rétroactive de dispositifs litigieux. Elle tolère toutefois les dispositions transitoires. Le Conseil constitutionnel français s'est longtemps révélé particulièrement réfractaire à interpréter la Constitution française en fonction de la Convention européenne. Les sages ont régulièrement adopté des méthodes contestables, notamment par rapport au droit transitoire. Le régime de la garde à vue en est un exemple flagrant. Le Conseil constitutionnel a décidé que le dispositif de garde à vue, bien que déclaré inconstitutionnel, pouvait être maintenu en vigueur pendant plusieurs mois en l'état et sans aménagement. Cette position, particulièrement contestable, menacée par les exigences de la CEDH, s'est finalement avérée intenable avec comme conséquence une application précipitée de certaines dispositions majeures. Ce fut le cas en particulier, de la présence et de la rémunération de l'avocat pendant toute la durée de garde à vue. Enfin, dans l'arrêt *M. c. Allemagne*, non seulement la CEDH considère la rétention de sûreté comme une peine, mais en s'appuyant sur les travaux du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, elle affirme que « les personnes en détention de sûreté ont particulièrement besoin de suivi et de soutien psychologiques en raison de la durée potentiellement illimitée de leur détention ». La Cour conditionne donc la conventionnalité des détentions de sûreté à des mesures concrètes de prise en charge médico-psychologique et éducative. Selon les termes de la Cour, les personnes en détention de sûreté doivent bénéficier de soutien et de soins « si l'on veut véritablement s'efforcer de réduire le risque qu'elles ne récidivent et ce, afin de contribuer à la prévention de la criminalité et rendre leur libération possible ».

La prise en charge des détenus atteints de troubles mentaux fait l'objet d'une attention particulière de la Cour européenne. Dans l'affaire *G. c. France* du 23 février 2012<sup>442</sup>, la CEDH a retenu que le placement dans un établissement inadapté à l'incarcération des détenus malades mentaux, n'était pas conforme à la Convention. Le détenu requérant était atteint de schizophrénie avec hallucinations, délires, conduites agressives et souffrait d'addictions. Incarcéré et condamné à dix ans de réclusion dans un premier temps, ce patient avait été déclaré pénalement irresponsable par la suite. Le patient détenu a dénoncé un traitement inapproprié pendant la période d'incarcération. Selon lui, il s'agissait d'un traitement inhumain et dégradant, au sens de l'article 3 de la Convention. Ce patient détenu a également invoqué l'article 61, se plaignant des conditions de sa comparution lors des deux procès d'assises qui ne remplissaient pas les exigences d'un procès équitable. La Cour a conclu, sur le fondement de l'article 3 de la Convention, que le défaut de traitement spécialisé, de surveillance psychiatrique constante et les conditions matérielles de détention inappropriées, constituaient un traitement inhumain et dégradant. Les juges de Strasbourg n'ont pas retenu les arguments relatifs à l'article 6-1, mais ils ont condamné la France sur la base de l'article 3. A cette occasion, la Cour a rappelé que, selon les règles pénitentiaires européennes de 2006<sup>443</sup>, les détenus souffrant de troubles mentaux graves doivent pouvoir être placés et soignés dans un service hospitalier. Celui-ci doit être doté de l'équipement adéquat et disposant d'un personnel qualifié. La Cour de Strasbourg s'est de plus appuyée sur un avis du Comité Consultatif National d'Ethique<sup>444</sup>, dénonçant la mauvaise qualité des prises en charge des détenus en psychiatrie générale. La CEDH, a fait également état d'une réponse du Gouvernement français, à l'observatoire international des prisons à ce sujet. Le Gouvernement a invoqué que le projet de création des unités hospitalières spécialement aménagées devait répondre aux difficultés actuelles de prise en charge

441 CEDH, 14 avril 2011, *Jendrowiak c. Allemagne*, req n°30060/04 ; 17 décembre 2009 ; *M. c. Allemagne*, req n°19359/04 ; 13 janvier 2011, *Kallweit c. Allemagne*, req n°17792/07.

442 CEDH, 23 février 2012, req n°27244/09, affaire *G. c. France*..

443 Recommandation REC(2006)2.

444 Comité Consultatif National d'Ethique, avis no 94 sur « La santé et la médecine en prison », 2006.

psychiatrique en détention, et à l'occasion des hospitalisations d'office. En résumé, cet arrêt *G. c. France* s'avère très important pour la prise en charge des détenus atteints de troubles mentaux, car il détermine les traitements inhumains et dégradants à leur égard. La CEDH a également retenu que cette succession d'hospitalisations et de réincarcérations étaient contraires à la Convention, elle a de plus souligné le caractère inadapté des prises en charge en psychiatrie générale.

### **§5. Une exigence du Conseil de l'Europe : le contrôleur général des lieux privés de liberté.**

A. Gil-Roblès, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, a rendu public en 2006 son rapport sur la situation en France au regard de la protection des libertés individuelles. Le rapporteur multipliait les sujets d'inquiétude au regard des situations privatives de liberté et formulait avec insistance de nombreuses recommandations. C'est donc, sous l'exigence constante et insistante du Conseil de l'Europe, que la France a dû créer en 2007 le contrôleur général des lieux de privation de liberté<sup>445</sup>. Avec le statut d'autorité indépendante, cette institution constitue un prolongement des missions du comité européen de prévention de la torture. Son rôle est de s'assurer d'un juste équilibre entre le respect des droits fondamentaux des personnes privées de liberté et les considérations d'ordre public et de sécurité. Il doit également s'assurer que les droits intangibles, inhérents à la dignité humaine, sont effectivement respectés et prévenir toute violation des droits fondamentaux. Détenteur d'un pouvoir de recommandation et de diffusion officiels, sa compétence pour les établissements psychiatriques est définie par circulaire<sup>446</sup>. Le Contrôleur ou ses délégués, peut visiter à tout moment, de manière programmée ou inopinée, tout établissement recevant des patients hospitalisés sans leur consentement. Il accède librement aux personnes, aux documents et aux locaux, de jour comme de nuit, dans le respect du secret médical. Lors de ces visites, le Contrôleur peut se déplacer librement, sans être accompagné et s'entretenir avec toute personne, en l'absence de témoin et dans un local approprié. Dans le cas du contrôle, d'un établissement de santé recevant des patients hospitalisés sans leur consentement, le contrôleur reçoit communication de tous les documents justifiant la prise de cette décision, notamment les certificats médicaux. Sa compétence est limitée et ne concerne pas les patients en hospitalisation libre. Après chaque visite le contrôleur adresse un rapport au ministre de la santé qui doit en retour formuler ses observations. S'il n'a pas de pouvoir impératif, le contrôleur peut toutefois formuler des recommandations publiées au journal officiel. De plus, lorsqu'il constate une violation grave des droits fondamentaux d'une personne privée de liberté, il adresse ses observations aux autorités compétentes et leur fixe un délai de réponse. A l'issue, le contrôleur constate s'il a été mis fin à la violation constatée et peut rendre publiques les observations effectuées et les réponses reçues. Enfin, si le contrôleur a connaissance de faits laissant présumer l'existence d'une infraction pénale, il est de les porter sans délai à la connaissance du procureur de la République<sup>447</sup>. Dans la même logique, s'il a connaissance de faits de nature à entraîner des poursuites disciplinaires, il les porte sans délai à la connaissance des personnes investies du pouvoir disciplinaire. Il faut signaler, comme élément favorable, que le Contrôleur n'a finalement pas été absorbé par le nouveau « défenseur des droits » et a conservé son autonomie. Le Contrôleur s'attache également aux conditions de travail des personnels et des différents intervenants impactant le fonctionnement des établissements et les relations avec les personnes privées de liberté. De sa position et suite aux visites d'établissements psychiatriques, le contrôleur a mis en évidence l'impossible conciliation entre deux logiques opposées. Il relève un antagonisme entre l'exigence de sécurité, s'appuyant sur la peur, et celle du soin, reposant sur la liberté. Il reprend ainsi des éléments de la jurisprudence administrative en faveur d'une nécessaire prise de risque. Cette contradiction a des effets sur la population générale perméable à la peur et sur les patients stigmatisés comme potentiellement dangereux. Pour le psychiatre S. Kanas<sup>448</sup> qui présidait la mission nationale d'appui en santé mentale, les recommandations du contrôleur constituent un apport

445 Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté. JORF n°253 du 31 octobre 2007 page 17891, texte n° 1.

446 Circulaire DHOS/O2 n° 2008-286 du 29 août 2008, relative au contrôleur général des lieux de privation de liberté.

447 Art 40 du Code de procédure pénale.

448 Dr KANAS. S, « Le contrôleur général des lieux de privation de liberté ». Pluriels, Lettre de la Mission Nationale d'Appui en Santé Mentale, n° 84, septembre 2010.

précieux. Il « fournit un point d'observation [...] sans complaisance [...] fondé sur l'observation directe de multiples cas ». Ces recommandations sont précieuses, alors que s'exaspèrent les tensions entre sécurité et droits de la personne. La dernière version du manuel de certification de l'HAS<sup>449</sup> reprend d'ailleurs expressément les recommandations du contrôleur comme Pratique Exigible Prioritaire (PEP). La thématique de la gestion des restrictions de liberté doit enfin faire l'objet d'un examen particulier lors de la procédure de certification.

Dans son avis du 15 février 2010<sup>450</sup> consacré à l'hospitalisation d'office, le Contrôleur a rappelé que l'hospitalisation d'office constitue en premier lieu une privation de liberté. Il a dénoncé à cette occasion la difficulté des patients à pouvoir exercer leur droit de recours devant le Dans son rapport d'activité pour l'année 2011, relatif au « renforcement des mesures de sécurité dans les établissements », le Contrôleur s'est opposé à la recommandation visant à accentuer les mesures contenues dans le rapport de l'IGAS sur l'analyse d'accidents en psychiatrie. Il lui paraissait préférable de « mettre l'accent sur la manière humaine avec laquelle ces patients sont traités et de renforcer leurs activités, que d'ajouter des serrures et des cartes d'accès ». Se basant sur une étude portant sur plusieurs centaines de fugues, il a relevé qu'il s'en produisait « un nombre exactement équivalent » depuis les unités fermées et les unités ouvertes. Il a enfin souhaité que les commissions départementales des soins psychiatriques (CDSP) exercent pleinement leur contrôle et que le représentant du parquet assume ses obligations en examinant régulièrement les registres de la loi des hôpitaux.

La création du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, avec les prérogatives d'une autorité indépendante et une compétence pour les établissements psychiatriques, a eu des effets positifs directs et indirects. Les patients des établissements psychiatriques visités ont bénéficié des effets directs des recommandations prescrites. Plus largement, la diffusion des recommandations, par le biais de rapports ou de publications au journal officiel, a eu des effets bénéfiques sur l'ensemble des patients. Enfin, l'appropriation des recommandations du Contrôleur, par la Haute autorité de santé, dans ses propres recommandations et dans la procédure de certification, constitue une avancée majeure.

## **SECTION 2. UNE PROCÉDURE GARANTE DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES.**

Le juge des libertés et de la détention assure la protection de la liberté individuelle d'aller et venir, face au risque de détention arbitraire. Il répond aux exigences de la Convention européenne, issues des principes de l'*Habeas corpus*. Il veille au respect des exigences de l'article 5, prévoyant que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Il vérifie que nul n'est privé de sa liberté en dehors des voies légales. L'indépendance du juge dans le cadre du procès équitable est garantie par la Convention européenne dans son article 6. En droit interne, la Constitution énonce dans son article 66 le principe selon lequel « l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ». Ce principe, complété par celui de la séparation des pouvoirs, est effectif grâce à la garantie des droits par le juge. La protection de l'autorité judiciaire contre tout internement arbitraire est assurée à toute personne résidant sur le territoire français. Ce principe s'applique également aux contrôles et vérifications d'identité, ainsi qu'aux perquisitions et visites domiciliaires. La compétence et le moment de l'intervention du juge sont en principe adaptés en ce qui concerne l'atteinte à la liberté individuelle.

### **§1. L'indépendance du juge condition essentielle de la protection des libertés individuelles.**

Le juge est garant de la paix sociale. Il lui appartient, de faire en sorte que chacun reçoive son dû, dans une société harmonieuse. Il appartient au législateur de déterminer la répartition de ce dû et à l'administration d'en assurer la distribution. Il revient au juge de vérifier la répartition et de la rétablir en

---

449 Critère 10.e du manuel de certification de l'HAS, version 2011. Respect des libertés individuelles et gestion des mesures de restriction de liberté.

450 Avis du 15 février 2011 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté relatif à certaines modalités de l'hospitalisation d'office. JORF 20 mars 2011. Texte 39 sur 72.



tranchant le litige éventuel. Ici se retrouve la symbolique de la balance et du glaive qui caractérisent la représentation de la justice. La traduction en droit de ces symboles se retrouve à l'article 1350 du Code civil, déterminant une présomption légale pour l'autorité de la chose jugée. Selon l'article 21 du Code de procédure civile, il appartient au juge de concilier les parties. L'article 12 du même Code exige du juge qu'il tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Enfin, la loi du 16 juin 2000<sup>451</sup> a institué le juge des libertés et de la détention, auquel elle a confié le contentieux de la privation de liberté en première instance. Ce magistrat est le gardien des libertés individuelles conformément à la loi et à la mission que lui confère l'article 66 de la Constitution. Ce magistrat qui est compétent, à la fois pour la procédure pénale et la procédure civile connaît depuis peu le contentieux des soins psychiatriques sans consentement de manière systématique. Cependant, sa compétence n'était pas exclusive, puisque le juge administratif exerçait également un contrôle des atteintes à la liberté d'aller et venir. Ce dernier est compétent pour statuer sur les réglementations qui sont contraires au principe de la liberté d'aller et venir. La liberté d'aller et venir est enfin protégée par des mesures procédurales spécifiques du droit administratif. C'est le cas du « référé-liberté », qui permet de saisir le juge administratif afin qu'il statue en urgence lorsque l'administration porte une atteinte grave à une liberté fondamentale.

La France retient la terminologie d'« autorité » et non de « pouvoir judiciaire », puisque les magistrats ne sont pas élus. Selon le Conseil de l'Europe, l'indépendance externe des juges ne constitue pas une prérogative ou un privilège accordé dans leur intérêt personnel. Il s'agit de l'intérêt de l'Etat de droit et de toute personne demandant une justice impartiale. L'indépendance des juges devrait être considérée comme une garantie de la liberté, du respect des droits de l'homme ainsi que de l'application impartiale du droit. L'impartialité comme l'indépendance des juges est de plus essentielle pour garantir l'égalité des parties devant les tribunaux<sup>452</sup>. Le droit européen considère comme juridiction tout « organe institué par l'Etat qui a pour mission de trancher les litiges en appliquant la règle de droit adéquate ». La Convention européenne n'aborde pas directement la notion d'indépendance mais évoque à l'article 6 le « procès équitable » et le « droit à tribunal indépendant et impartial ». En droit interne, le principe d'impartialité n'a jamais été explicité en tant que tel dans les textes. Il est cependant cité une première fois dans l'arrêt *Didier* du 3 décembre 1999<sup>453</sup>, rendu par l'assemblée du Conseil d'Etat. Il est devenu un principe applicable à toutes les juridictions, suite à une décision de la Haute juridiction administrative du 6 avril 2001<sup>454</sup>.

Une première source de l'indépendance du juge figure à l'article 16 de la DDHC. Il dispose que toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. L'indépendance du juge judiciaire est également garantie par l'article 64 de la Constitution, prévoyant que le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Le Président est assisté dans ce rôle, par le Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM), et c'est une loi organique qui porte statut des magistrats. L'indépendance des magistrats du siège est protégée par la Constitution grâce au principe d'immovibilité, empêchant ainsi que des juges soient choisis et déplacés hors de leur juridiction pour juger ou pas d'une affaire déterminée. Cette disposition d'immovibilité est de plus complétée par l'avancement librement consenti des magistrats. L'article 6 du statut des magistrats dispose que tout magistrat prête serment. A cette occasion, le magistrat jure de bien et fidèlement remplir ses fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de se conduire en tout comme un digne et loyal magistrat. Il ne peut en aucun cas être relevé de ce serment. Le Conseil constitutionnel<sup>455</sup> a considéré, au vu des dispositions de l'article 64 de la Constitution, que « l'indépendance des juridictions est garantie, ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le

---

451 Loi n° 2000-516 du 16 juin 2000 relative à la protection de la présomption d'innocence et aux droits des victimes. JORF n°138 du 16 juin 2000 page 9038, texte n° 1.

452 Recommandation CM/Rec (2010)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les juges: indépendance, efficacité et responsabilités (adoptée par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010, lors de la 1098e réunion des Délégués des Ministres).

453 CE, 3 décembre 1999, n° 207434. Publié au recueil Lebon

454 CE, 6 avril 2001, n° 206764, *SA Entreprise Razel frères et Le Leuch*. Publié au recueil Lebon.

455 CC, décision du 22 juillet 1980, n° 80-119 DC, Loi portant validation d'actes administratifs.

législateur ni le Gouvernement ». Ainsi, « il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence ». L'impartialité est liée au principe de l'indépendance dont elle est la conséquence. Dans sa décision du 29 août 2012<sup>456</sup>, le Conseil constitutionnel fondait le principe d'impartialité sur l'article 16 de la Déclaration de 1789. Selon les sages, les « principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles ». En matière de justice des mineurs, en 2011<sup>457</sup> le Conseil constitutionnel a déclaré un principe de l'ordonnance du 2 février 1945 non conforme à l'article 16 de la Déclaration de 1789. Il a censuré le principe selon lequel le juge chargé de l'instruction est également l'instance de jugement. En effet, pour les sages, la direction de l'enquête ne peut qu'influer sur le jugement ultérieur, et constitue une atteinte au principe d'impartialité.

Une décision des sages du 2 juillet 2010<sup>458</sup> concernait les tribunaux maritimes commerciaux. Les sages ont jugé que la présence d'un militaire ou d'un fonctionnaire, au sein d'une juridiction répressive prononçant des peines privatives de liberté, est contraire au principe d'indépendance des juridictions. Le recueil des obligations déontologiques<sup>459</sup> édicté par le CSM, prévoit que « Les magistrats défendent l'indépendance de l'autorité judiciaire ». On retrouve dans ces mêmes obligations la nécessité pour les magistrats de préserver leur indépendance vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif « en s'abstenant de toute relation inappropriée avec leurs représentants et en se défendant de toute influence indue de leur part ». Enfin, toujours selon le recueil déontologique, le juge gardien des libertés individuelles doit appliquer « les règles de droit [...] sans céder à la crainte de déplaire ni au désir de plaire au pouvoir exécutif, aux parlementaires à la hiérarchie judiciaire, aux médias ou à l'opinion publique ».

L'exigence d'un tribunal indépendant et impartial établi par la loi concerne sa définition institutionnelle ainsi que sa composition en fonction des affaires à examiner. Ainsi, le juge ne peut pas connaître d'une affaire à plusieurs titres différents. La même exigence d'indépendance vaut aussi à l'égard de chacune des parties et notamment à l'égard du parquet. Une relation avec le parquet peut constituer un préjugement qui est sévèrement sanctionné par la Cour de Cassation et la CEDH. Enfin, la loi organique du 22 juillet 2010, modifiant la loi organique de 1958<sup>460</sup>, a prévu que tout justiciable peut saisir le Conseil supérieur de la magistrature à l'occasion d'une procédure judiciaire le concernant, si le comportement adopté par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions est susceptible de recevoir une qualification disciplinaire. Cette avancée législative vient renforcer utilement les droits du justiciable. Ce principe d'indépendance doit être tempéré sur plusieurs aspects qui tiennent à l'organisation mais aussi au contexte. Il est en effet difficile de passer de longues années à requérir, au nom de la société, sous l'autorité du pouvoir exécutif et de faire preuve par la suite de la neutralité indispensable au juge du siège. Certains considèrent à ce propos qu'il est nécessaire de scinder la magistrature en deux corps réellement indépendants. Il y a de plus, à ce jour, une différence notable entre les juges à statut et les juges sans statut. En effet, si certains magistrats sont nommés spécifiquement par décret, après avis du Conseil supérieur de la magistrature, dans le même temps, de plus en plus de magistrats du siège sont désignés sans affectation particulière. Sous prétexte de souplesse et d'efficacité du système, les juges sont de fait de plus en plus soumis aux chefs de juridiction. Le droit à un juge, indépendant et impartial passe aussi par la reconnaissance du principe ancien de juge naturel. Pour statuer sur une affaire, la désignation du juge doit relever de critères objectifs, transparents et prédéterminés. La répartition ou le retrait des affaires ne peut résulter des décisions antérieures du juge désigné. Ce principe constitue une des garanties fondamentales du droit à un juge indépendant et impartial. Il est reconnu depuis le XVIe

---

456 CC, décision du 29 août 2002, n° 2002-461 DC. Loi d'orientation et de programmation pour la justice.

457 CC, décision du 08 juillet 2011, n° 2011-147 QPC, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants].

458 CC, décision du 20 janvier 2005, n° 2004-510 DC.

459 *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Conseil supérieur de la magistrature, Dalloz. 2010.

460 Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature article 50-3. Introduit par la LOI organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution (1) . JORF du 23 décembre 1958, page 11551.

siècle<sup>461</sup> et figure dans les textes révolutionnaires. Il est inscrit dans la constitution de nombreux États européens. En France, ce principe du droit au juge naturel a été garanti jusqu'en 1943 puis il a été abandonné par le régime de Vichy. La Convention proclame en son article 6-1 le droit à un procès équitable, elle entend donc que l'organisation des juridictions ne porte pas atteinte à l'indépendance du juge. Les exigences européennes imposent que le justiciable se trouve en face d'un juge prédéterminé. Ce dernier ne doit pas être choisi par son supérieur hiérarchique, pas plus que par le justiciable. Dans la même logique, le juge ne peut pas choisir les dossiers sur lesquels il va statuer. Le système français, laissant au seul chef de juridiction et sans recours possible, le pouvoir discrétionnaire d'organiser la juridiction, d'attribuer les dossiers et d'affecter les magistrats paraît contraire aux exigences de la CEDH. Malgré ces considérations, le Code de l'organisation judiciaire dispose que l'ordonnance de roulement constitue une décision d'administration judiciaire. Quant au Code de procédure civile, il précise que ce type de décision est insusceptible de recours. De plus, le Conseil d'Etat s'étant déclaré incompétent, il n'y a pas de juge en France ayant le pouvoir d'imposer le respect du principe du juge naturel. Le cas particulier de désignation du juge des libertés et de la détention est emblématique de la large compétence des chefs de juridictions.

Il convient également d'être particulièrement vigilants, quant à l'indépendance du juge vis à vis du pouvoir exécutif, et ce jusqu'au au sommet de l'Etat. Selon l'article 5 de la Constitution, le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il est donc le garant de la séparation des pouvoirs, tout en étant le chef de l'exécutif. Le Président de la République, bien que président du CSM, en charge de la nomination des magistrats, conformément à l'article 65 de la Constitution, a pu se constituer partie civile lors de l'affaire « Clearstream ». La défense dénonça alors une atteinte à l'indépendance du juge, au regard du lien de subordination entre les juges et le Président de la République, en sa qualité de président du CSM.<sup>462</sup> A ce propos, le 1<sup>er</sup> juin 2012, la Cour de cassation<sup>463</sup> dans sa formation la plus solennelle, a examiné le statut pénal du chef de l'Etat. Devant la Cour, L'avocat général a expliqué que le chef de l'Etat a certes naturellement le droit d'agir en justice comme tout citoyen, cependant les procès qu'il intente sont inéquitables, car le chef de l'Etat a le pouvoir d'influencer sur la carrière des juges. Pour l'avocat général, il s'agit là d'un blocage institutionnel sans solution judiciaire et nécessitant une réforme institutionnelle. Ce dernier a proposé à cette occasion que le législateur confie les propositions de nomination des magistrats à un organisme autonome et indépendant du pouvoir exécutif. Cette solution seule permettrait la constitution de partie civile par le chef de l'Etat, sans conflits d'intérêt. L'avocat général a alors suggéré à la Cour de cassation de juger que le président de la République devait attendre l'issue de son mandat pour toucher des dommages et intérêts. La Cour a cependant retenu, que la seule signature des décrets de nomination des juges du siège par le Président de la République, ne crée pas de dépendance à son égard, puisque ceux-ci sont inamovibles et ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Pour parvenir à cette solution, la Cour de cassation étaye son raisonnement, notamment sur le fait que les juges du siège bénéficient de conditions de nomination et d'un statut d'inamovibilité. Ceci les met à l'abri des pressions et des instructions de l'exécutif, même si le chef de l'Etat est l'autorité de nomination. Cette dernière solution, retenue par la Haute juridiction judiciaire, démontre bien que le lien organique entre le Président de la République et les magistrats pose un problème persistant. C'est ce que l'avocat général avait parfaitement souligné.

Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, par le Conseil d'Etat<sup>464</sup>, a rendu une décision le 8 juin 2012<sup>465</sup>, à propos de l'indépendance des juridictions. Le juge constitutionnel a censuré le Code de l'action sociale et des familles en s'appuyant sur l'article 16 de la DDHC. Il a rappelé que selon sa jurisprudence antérieure, les principes d'indépendance et d'impartialité sont

---

461 cf. Définition du Dictionnaire de l'Académie Française de 1694, selon laquelle le Juge naturel est celui « à qui naturellement, ordinairement et de droit appartient la connaissance d'une affaire ».

462 PREVOST-DESPREZ. I, Vice-présidente du TGI de Nanterre. *Une juge à abattre*, Fayard. 2010.

463 « Les procès menés par le chef de l'Etat sont inéquitables, estime la Cour de cassation », 01.06.2012, *Le Monde.fr*

464 CE, 19 mars 2012, n°352843, mentionné aux tables du recueil Lebon.

465 CC, décision du 08 juin 2012, n° 2012-250 QPC, cons 3.

indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles. Cependant, comme nous venons de le voir, ces principes souffrent toujours d'exceptions préjudiciables ne pouvant être résolues que par une réforme institutionnelle. Il faut admettre que le principe de séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la DDHC, garantissant l'indépendance du juge, connaît une application toute relative en droit interne. C'est vrai pour le juge du siège et le juge administratif, mais cela devient flagrant pour le parquet.

En 2010 la CEDH a jugé par trois fois que le parquet français n'était pas indépendant de l'exécutif. Ceci est particulièrement inquiétant, notamment en matière de libertés, puisque nombre de procédures échappent au juge. La France se trouve donc, en ce qui concerne le parquet, sensiblement au même rang que la Turquie et la Russie, en nombre de condamnations par les juges de Strasbourg. Cette dernière appréciation doit toutefois être tempérée en matière d'aliénation mentale, puisque dans ce cas précis, le procureur de la République se trouve plutôt un gardien des libertés qu'une autorité de poursuite au regard de sa fonction de contrôle. De plus, le changement de Gouvernement et de Garde des Sceaux en 2012, s'est traduit par une circulaire<sup>466</sup> qui écarte toute instruction individuelle de la Chancellerie envers les parquets. Il s'agit là d'une première étape, mais qui reste liée à une volonté politique à un moment donné. C'est insuffisant et seul des changements constitutionnels présenteront une véritable garantie.

Conformément à l'article 137 du Code de procédure pénale, le JLD est désigné par le seul chef de juridiction et sans en préciser la durée. Il est le plus fragile d'un point de vue statutaire. Il a en principe le rang de vice-président, mais il peut être désigné ou remplacé par ce même président<sup>467</sup>. C'est précisément ce qu'il est advenu en 2010 au Tribunal de grande instance de Créteil<sup>468</sup> : le juge des libertés a été déplacé par le Président, suite à des décisions de remise en liberté contestées publiquement par la police. La hiérarchie judiciaire, apparemment perméable aux pressions policières et médiatiques, a décidé d'évincer le JLD de ses fonctions sans consulter l'assemblée générale de la juridiction qui devait être saisie pour avis<sup>469</sup>. Le président a fait savoir que « l'importance des critiques et leur écho médiatique, tant dans le monde judiciaire que dans la société, (fragilisait) sa mission et (pouvait) porter atteinte à la crédibilité du tribunal ». A propos de cette affaire, le Syndicat des avocats de France (SAF) a attiré l'attention sur le caractère délictuel des discrédits portés sur une décision de justice. Ces contestations ou commentaires sont prévus et réprimés par l'article 434-25 du Code pénal. L'intervention du JLD ne s'inscrit pas dans le principe de collégialité. Il statue comme juge unique avec tous les risques afférents. Si sa politique de mise en détention est en désaccord avec le ministère public, il peut être remplacé sur demande du parquet. Le JLD peut faire l'objet de manœuvres de contournement. C'est notamment le cas à l'instigation des préfets, par exemple en matière de reconduite des étrangers. Un préfet peut, s'il le souhaite, transférer les justiciables devant le JLD d'une juridiction dont les décisions sont plus dures, transgressant ainsi le principe de juge naturel.

Le juge S. Portelli fixe spécifiquement un niveau d'exigence éthique incombant au juge gardien des libertés. Ce dernier ne doit être un familier des libertés et des principes fondamentaux qui constituent son territoire et sa référence originelle. Alors que la loi à une portée générale et s'adresse au collectif, le juge s'adresse l'individu dans son humanité. Le juge indépendant constitue le dernier et seul rempart contre l'atteinte aux libertés individuelles dans un contexte sécuritaire, caractérisé par l'effacement des principes démocratiques. Selon S. Portelli, pour jouer pleinement son rôle de garant des libertés, la place singulière et l'indépendance du juge doivent être préservées face au discours officiel qui tend à le restreindre au rôle de simple « maillon de la chaîne pénale ». Il apparaît impératif à ce titre, de lui rendre une juste place, notamment dans les reconnaissances préalables de culpabilité. De même, le retrait progressif de sa capacité d'individualiser les peines est particulièrement inquiétant au regard du

---

466 Circulaire de politique pénale de Madame le Garde des Sceaux du 19 septembre 2012 : Crim 2012-16/ E-19.09.2012.

467 Art. 137-1 et 137-1-1 du Code de procédure pénale.

468 SALLES. A, « Polémiques sur l'éviction d'un juge des libertés de Créteil », 15.06.2010, *Le Monde.fr*

469 Communiqué du SAF : « A Créteil le Président du tribunal brade l'indépendance des juges des libertés », Paris 14 juin 2010, <http://www.lesaf.org>

respect de son indépendance. Enfin, E. Sire-Marin<sup>470</sup> dénonce le fait que la moitié des procédures pénales dont la justice est saisie chaque année en France sont réglées par le seul procureur, sans qu'un juge indépendant soit saisi. Effectivement, dans les faits le juge est très souvent écarté et réduit à une fonction d'homologation de décisions prises par le ministère public. De plus, le risque de réduire le juge au rôle de technicien est bien présent.

En théorie, le juge pénal doit exercer un rôle particulier vis à vis des malades mentaux. Selon les peines prévues aux articles L.3215-1 à L.3215-4 du CSP, le fait, pour le directeur de l'établissement d'accueil, de maintenir la mesure de soins psychiatrique d'un patient, alors que sa levée a été ordonnée par une des autorités compétentes, est passible d'emprisonnement et d'amende. De la même façon, est puni d'emprisonnement et d'amende, le fait pour le directeur de ne pas respecter les obligations formelles qui s'imposent à lui. Le médecin encourt la même peine lorsqu'il refuse ou omet d'établir les certificats médicaux qui lui incombent. Ces sanctions devraient être de nature à inciter à la vigilance les acteurs de la psychiatrie et notamment les directeur d'établissement et les médecins. Ces dispositions sont en pratique rarement utilisées.

L'indépendance organique du juge administratif est contestée à cause de l'emprise du pouvoir sur le recrutement ainsi que sur les liens qu'il entretient avec l'administration<sup>471</sup>. De plus, le cumul des attributions consultatives et juridictionnelles du Conseil d'Etat constitue une atteinte potentielle à l'impartialité. Selon la Charte de déontologie<sup>472</sup>, les membres de la juridiction administrative exercent leurs fonctions avec impartialité et en toute indépendance. Ces principes fondamentaux exigent que chacun, en toute occasion, se détermine librement, sans parti pris d'aucune sorte, ni volonté de favoriser telle partie ou tel intérêt particulier et sans céder à aucune pression. Le législateur n'a pas clairement distingué les fonctions de magistrat et la qualité de fonctionnaire des juges des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel. L'article 64 de la Constitution prévoit que la loi organique détermine le statut des magistrats et l'article 34 dispose que la loi fixe les règles concernant leur statut. Par comparaison, c'est la loi ordinaire qui fixe les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 22 juillet 1980<sup>473</sup>, a affirmé la valeur constitutionnelle de l'indépendance de la juridiction administrative. Pour le juge constitutionnel, il résulte, depuis la loi du 24 mai 1872, que l'indépendance des juridictions administratives est garantie. Le caractère spécifique de leurs fonctions est de plus garanti contre toute intervention du législateur ou du Gouvernement. Le Conseil d'Etat a déduit pour sa part en 1993, que seul le législateur peut fixer les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs<sup>474</sup>. C'est enfin l'article L.231-3 du Code de justice administrative qui prévoit le principe d'inamovibilité du juge administratif. La loi instaure enfin, un Conseil supérieur des tribunaux et cours administratives d'appel, à l'article L.232-2 du Code de justice administrative. Ce Conseil doit être le garant de l'indépendance des magistrats administratifs. La justice administrative prévoit également des dispositions législatives et réglementaires de récusation. Ceci permet de défendre toute partie, contre un risque d'impartialité subjective, au sein de la formation juridictionnelle. Cette récusation prévue à l'article L.721-1 du Code de Justice administrative, peut être le fait des parties ou sur l'initiative du magistrat lui-même. Cette disposition est complétée par l'article R.721-1 du même Code. Il prévoit l'auto récusation d'un membre de la juridiction qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir. Du point de vue de la forme, la solennité et la symbolique forte, propre à l'ordre judiciaire, n'existe pas dans l'ordre administratif. Cette absence de solennité de lieu, et de costumes pour les juges, combinés à la procédure écrite, situent le juge administratif comme une abstraction peu identifiée par les justiciables.

---

470 SIRE-MARIN. E, « Justice, libertés, police : après le pillage par la droite des idées du FN, que dit la gauche », 23 juin 2010, [reseau.dynamique-frontdegauche.fr](http://reseau.dynamique-frontdegauche.fr)

471 LAIDIÉ. Y, Professeur de droit public à l'université de Bourgogne (CRDPE). *Les juges administratifs: fonctionnaires ou magistrats ?* AJFP 2004 p. 176.

472 *Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative, Principes et bonnes pratiques*, Conseil d'Etat, édition 2011.

473 CC, décision du 22 juillet 1980, n° 80-119 DC, Loi portant validation d'actes administratifs.

474 CE, 29 décembre 1993, n°67922, Syndicat de la juridiction administrative, publié au recueil Lebon.

## §2. Le principe procédural contradictoire garanti d'expression du malade mental.

Le principe contradictoire constitue un principe fondamental de nos procédures, indispensable car il assure par sa transparence la préservation des droits de chaque partie. Il est consacré par le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation ainsi que par le Conseil d'État comme un principe général du droit. Il représente un des fondements garantissant le procès équitable. En effet, le principe contradictoire prévu par la procédure civile garantit pour les parties au procès d'être entendues ou au moins appelées. Les d'exceptions sont envisagées, notamment à l'article 493 du Code de procédure civile, lorsque le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse. L'article 14 du Code de procédure civile impose qu'une partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée. L'article 16 du Code de procédure civile dispose que le principe du contradictoire garantit à chaque partie le droit de prendre connaissance de tous les arguments au vu desquels elle sera jugée. La CEDH estime ce principe comme essentiel au regard du droit au procès équitable. Elle a remis en cause le fonctionnement du Conseil d'Etat et la procédure administrative, à propos du principe d'égalité des armes et du principe contradictoire. Les sanctions sont venues des arrêts *Kress c France* en 2001, puis *Martinie c France* de 2006. Une autre affaire *UFC Que choisir de Côte d'or c. France* du 30 juin 2009 jugée par la CEDH, a porté sur le principe de l'« égalité des armes » qui se trouvait menacé. Enfin, dans l'affaire *François MARC-ANTOINE c France* du 20 avril 2010<sup>475</sup>, la France a de nouveau été sanctionnée pour la violation de ce même principe.

Dans le contentieux spécifique de l'internement psychiatrique, le Tribunal de grande instance de Dijon, ainsi que la Cour d'appel, rendent régulièrement des décisions très favorables de mainlevées pour non-respect du principe contradictoire. En la circonstance, les décisions interviennent en lien avec une influence non négligeable d'un barreau particulièrement offensif. Ainsi, le 5 septembre 2012 le juge des libertés et de la détention de Dijon<sup>476</sup> a décidé la mainlevée d'une décision de soins sans consentement sur demande d'un tiers, en urgence, au vu, entre autre, de l'absence de recueil des observations du patient, telles qu'elles sont prévues à l'article L.3212-3 du CSP. En l'espèce, le juge a relevé que le principe du contradictoire avait été violé à cette occasion.

## §3. L'indispensable conseil de l'avocat.

L'ordre public comprend un ensemble de règles destinées à garantir la sécurité des rapports entre individus. Une norme d'ordre public est une règle que les parties ne peuvent écarter et qui répond à des exigences fondamentales ou à des intérêts primordiaux. C'est notamment le cas du droit à la défense et à l'assistance d'un avocat. Ce caractère d'ordre public d'une règle de droit est établi explicitement par le législateur ou par le juge. Ainsi, la Cour de cassation<sup>477</sup> a établi que la règle de non-rétroactivité de la loi prévue par l'article 2 du Code civil est d'ordre public. Devant le tribunal des conflits<sup>478</sup>, le représentant du Gouvernement a précisé qu'en l'occurrence les règles de forme sont autant protectrices de la liberté, que les règles de fond. L'exigence d'une procédure, juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties, est également réaffirmée par le Conseil constitutionnel<sup>479</sup>.

Le respect des droits de la défense est un principe essentiel de notre justice. Il consiste précisément dans le droit à l'assistance d'un conseil et dans la possibilité d'être représenté par un avocat. L'avocat remplit deux missions essentielles d'assistance juridique et (ou) de représentation. L'assistance d'un avocat n'est pas toujours obligatoire, notamment dans le texte relatif à l'internement psychiatrique qui va nous intéresser. Le recours à l'assistance d'un avocat tend toutefois à se généraliser. Le rôle indispensable de l'avocat consiste à atténuer la disparité économique, culturelle ou technique entre les

475 CEDH, 20 avril 2010, req n° 37377/06, affaire *François MARC-ANTOINE c France*..

476 TGI de Dijon, ordonnance du JLD, n°2012/218, 5 septembre 2012.

477 Cass, 3e ch Civ, 21 janvier 1971: JCP 1971. II. 16776, note Level.

478 Tribunal des Conflits, 17 février 1997, n° 3045, Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris c. M, La Semaine Juridique, Jurisprudence 1997, 22885.

479 CC, décision du 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, cons 44. Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

parties. Ceci est particulièrement vrai au vu de la vulnérabilité des malades mentaux face à l'appareil administratif et au ministère public. Cependant, l'assistance d'avocat est inutile si chacun ne dispose pas des mêmes informations. Le droit à la défense est un corollaire de l'égalité des armes et du principe contradictoire. Le principe contradictoire est un élément central du procès équitable constitué d'un faisceau complexe qui ne peut être garanti que par l'assistance d'avocat. La discussion égalitaire nécessite donc la communication préalable du dossier à l'avocat. La phase orale de la procédure contradictoire constitue le moment de prédilection de l'intervention de l'avocat. Elle est considérée comme une étape indispensable de la défense. C'est ce que confirme l'arrêt *Feldbrugge c Pays-Bas*, rendu le 29 mai 1986 par la CEDH, qui a intégré l'oralité des débats aux garanties d'un procès civil équitable.

#### **§4. Les principes de publicité, et de délai raisonnable, garants d'impartialité et de sûreté.**

Le principe fondamental de publicité concerne les débats ainsi que la décision. La justice est rendue « au nom du peuple français ». Selon l'article 22 du Code de procédure civile, les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil. Seul l'article 435 du Code de procédure civile prévoit une exception. Il dispose que le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil. C'est le cas s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée ou si toutes les parties le demandent. Cette disposition est enfin prévue s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice. Ce principe a été consacré comme principe général du droit par le Conseil d'Etat<sup>480</sup> en 1974. Théoriquement, le non-respect du principe de publicité est sanctionné par la nullité. Pour cela, la nullité doit être invoquée impérativement avant la fin des débats et ne pourra pas être relevée d'office par le juge. En définitive, le juge sera seul capable d'apprécier la nécessité de déroger au principe, au regard des risques pour l'intimité de la vie privée. Il pourra décider d'auditionner en chambre du conseil de sa propre initiative ou sur demande des parties.

Pour Voltaire, « Un jugement trop prompt est souvent sans justice. » En matière de liberté individuelle, il va falloir concilier les exigences du délai raisonnable nécessaire à une bonne justice avec le « bref délai », qui est impérativement requis en matière de restriction ou bien de privation de liberté. Le délai raisonnable, prévu par l'article 6 de la Convention, est effectivement largement tributaire des lenteurs de l'appareil judiciaire. Indépendamment des difficultés d'organisation, ce délai doit satisfaire deux exigences contradictoires. La rapidité ne doit pas être un facteur de mauvaise justice d'une part, mais l'excès de lenteur comporte *a contrario* un risque pour le justiciable. C'est surtout le cas lorsqu'une liberté individuelle comme la liberté d'aller et venir est en jeu. La CEDH est particulièrement sévère en matière de non-respect de délai raisonnable. Ceci est particulièrement vrai dans le contentieux de l'internement psychiatrique. Le juge interne invoque régulièrement la Convention européenne à ce propos. A titre d'exemple, la Cour d'appel de Versailles a ordonné la sortie immédiate d'un patient en soins sans consentement, suite au non-respect du « bref délai<sup>481</sup> », en matière d'information. La Cour s'est appuyée sur les dispositions de l'article 5-2 de la Convention, garantissant à toute personne privée de sa liberté, d'être informée « dans le plus court délai » des raisons de sa situation.

La loi du 30 juin 2000<sup>482</sup> a instauré la procédure de référé-liberté fondamentale prévue à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Celui-ci permet de saisir le juge des référés du tribunal administratif dont dépend l'autorité ayant pris la décision attentatoire à une liberté. Cette saisine permet d'obtenir une injonction envers l'autorité publique concernée. Sans considération de fond, l'injonction peut intervenir dès lorsqu'un doute sérieux existe la légalité et lorsqu'une situation d'urgence peut être invoquée<sup>483</sup>. Dans ce cas, le juge des référés doit se prononcer dans un délai de 48 heures. Ainsi, depuis 2000, le juge administratif dispose des moyens permettant de protéger en urgence une liberté

480 CE, 4 octobre 1974, Dame David, publié au recueil Lebon.

481 CA de Versailles, 14ème chambre, 8 novembre 2006, n° 485.

482 Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. JORF n°151 du 1 juillet 2000 page 9948 texte n° 3.

483 CROUZATIER-DURAND. F, *Fiches de libertés publiques et droits fondamentaux*, Ellipses, 2011.

fondamentale. Cette saisine répond à des conditions précises. Pour requérir un référé-liberté, il faut à la fois justifier de l'urgence, mais aussi montrer qu'une liberté fondamentale est en cause. C'est le cas de la remise en cause de la liberté d'aller et venir. La charge de la preuve de cette atteinte qui doit être grave, manifestement illégale et surtout évidente repose sur le demandeur. La mise en œuvre de cette procédure se révèle donc d'une faible portée dans le cadre des troubles mentaux ayant nécessité un internement. La prérogative de décider l'élargissement d'un patient malade mental est grave et donc difficile à concilier avec un impératif de rapidité. Le critère d'urgence est peu compatible avec la situation de troubles cliniques, dont l'existence ou l'absence devront être attestés médicalement. De plus, la charge de la preuve, qui repose sur le demandeur, sera difficile à démontrer par ce dernier dans le cadre de l'internement. En matière d'internement psychiatrique, le droit a prévu la procédure civile spécifique devant le juge des libertés et de la détention. Le Conseil d'Etat a précisé à ce propos, le 28 juillet 2000<sup>484</sup>, que les défauts de notification des décisions de placement concernent la régularité de leur exécution, celle-ci relevant exclusivement du juge judiciaire. Le référé liberté constitue donc une procédure exceptionnelle assez peu utilisée. Il existe cependant quelques exemples rares d'intervention du juge administratif en référé dans le domaine de l'internement psychiatrique. C'est le cas du juge des référés, du tribunal administratif de Rennes<sup>485</sup>, qui s'est prononcé le 4 mai 2012. La requête, en date du 6 avril 2012, visait la suspension de l'exécution d'une décision de soins sans consentement sur demande d'un tiers, et la condamnation de l'établissement d'accueil sur la base de l'article L.761-1 du Code de justice administrative. Le tribunal a suspendu la décision initiale d'admission ainsi que les décisions de maintien, car elles ne correspondaient pas aux exigences prévues à l'article 4 de la loi du 12 avril 2000. La décision ne mentionnait pas l'identité du signataire de la décision d'admission et la signature était illisible. Cette personne s'est avérée de plus incompétente pour signer la décision car elle ne disposait pas de délégation de signature. Le juge des référés administratifs a effectivement retenu l'urgence et l'illégalité, en rejetant les arguments de l'hôpital, selon lequel l'internement était fondé et les illégalités soulevées mineures et seulement formelles.

Indépendamment de la procédure de référé, avant le 1<sup>er</sup> janvier 2013, le juge administratif s'est parfois prononcé pour l'annulation des actes relatifs à l'internement. Ainsi, le tribunal administratif de Paris<sup>486</sup> a décidé en 2011, l'annulation de deux hospitalisations à la demande d'un tiers, pour défaut de délégation de signature. La directrice adjointe signait les décisions d'admission et les décisions de maintien des patients concernés, mais n'avait pas délégation de signature du directeur, seul à pouvoir prendre une telle décision. Cette annulation a eu un retentissement considérable en rendant illégales l'ensemble des admissions et des maintiens de l'établissement sur plusieurs années. Le juge administratif participe toujours, de manière indirecte, à la protection des libertés du malade mental et à sa réinsertion, dans le cadre de la jurisprudence relative à la théorie du risque spécial dans le contentieux indemnitaire. Cette jurisprudence est née du constat que la réadaptation du malade mental devait passer par le risque de l'essai, d'une mise en condition, dans la vie normale du patient<sup>487</sup>.

Avant 1<sup>er</sup> janvier 2013, le juge judiciaire était compétent pour se prononcer sur le seul bien-fondé d'une mesure d'internement, par une procédure de référé prévue à l'article L.3211-12 du CSP. La dualité de compétence avec le juge administratif a persisté en théorie jusqu'à cette date. Cependant, le fond et la forme ont fait l'objet régulièrement d'une approche commune par le JLD, depuis son intervention systématique. En pratique, cette évolution a résolu en grande partie les difficultés relatives au bref délai requis en matière de liberté.

---

484 CE, 28 juillet 2000, n° 151068, M. E. A, publié au recueil Lebon.

485 TA de Rennes, ordonnance du 4 mai 2012, n° 1201396.

486 TA de Paris, 3e section, 3e chambre. 29/11/2011 et 28/02/2012.

487 CE, 13 juillet 1967, n° 65735, Département de la Moselle, publié au recueil Lebon.





## **PARTIE 2 : LA PROTECTION DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES DES MALADES MENTAUX : L'EMERGENCE D'UNE EXIGENCE.**

Désormais, les sages et le juge européen exercent un contrôle sur le respect des libertés individuelles de plus en plus poussé. Cependant, ce contrôle ne pourrait être réellement effectif pour les malades mentaux sans les recours exercés par les justiciables. Certaines associations de patients jouent un rôle essentiel en se saisissant des nouvelles possibilités offertes par la Constitution.



## **TITRE 1. L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNE.**

Le malade mental, en tant que personne vulnérable, peut nécessiter une protection de sa personne et de ses biens. Dans ce deuxième titre, nous allons nous intéresser dans un premier temps à la mise en œuvre, et aux conséquences, de la réforme de protection des majeurs ainsi que des dispositions relatives au handicap. Nous allons de même nous intéresser à la situation du malade mental au regard de sa responsabilité civile, selon son statut juridique. Nous examinerons de quelle façon le juge constitutionnel a été amené à intervenir dans l'élaboration de la réforme de la loi de 1990, en particulier au regard de la protection des libertés individuelles.



## **CHAPITRE 1. L'ÉQUILIBRE ENTRE LA PROTECTION ET L'AUTONOMIE FACE AU HANDICAP PSYCHIQUE : LE JUGE PROTECTEUR.**

Deux textes récents constituent une avancée, dans l'intention, pour les malades pris en charge en psychiatrie. Il s'agit de la loi de 2005 relative au handicap<sup>488</sup> et de la loi de 2007 réformant la protection des majeurs<sup>489</sup>. Ces deux textes sont importants, car contrairement ils abordent la situation des personnes atteintes de troubles mentaux comme des personnes vulnérables à assister et protéger, et non comme des individus potentiellement dangereux. Toutefois, il s'agit toujours de textes encadrant une forme d'incapacité. Comme le précisait déjà J. Carbonnier, « quelque précaution qu'on ait eue d'employer des mots courtois et apaisants, n'est ce pas un statut du malade mental qui est évoqué, donc une mise à part des autres, une ségrégation par le droit ? Nous ne savons si une législation civile n'évitera jamais l'accusation de paternalisme<sup>490</sup> ».

### **SECTION 1. LOI DU 11 FÉVRIER 2005 POUR L'ÉGALITÉ DES DROITS ET DES CHANCES : LA PARTICIPATION ET LA CITOYENNETÉ DES PERSONNES HANDICAPÉES.**

La définition du handicap et surtout sa reconnaissance s'est longtemps limitée au handicap physique. Le législateur a donc souhaité faire évoluer cette approche du handicap en reconnaissant enfin le handicap consécutif aux troubles psychiques en 2005. Cette volonté s'inscrit dans les principes du Préambule de la Constitution de 1946, disposant que « tout être humain qui, en raison [...] de son état [...] mental, [...] se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

#### **§1. Une intention louable.**

Parmi les personnes hospitalisées à temps plein pour troubles mentaux, le taux de bénéficiaires d'au moins une allocation de ressources (Allocation Adulte Handicapé ou RMI ou pension d'invalidité) a augmenté de 1998 (53%) à 2003 (62%). Plus précisément, la proportion de bénéficiaires de l'Allocation Adulte Handicapé (AAH), a augmenté de 1998 (38%) à 2003 (43%). Le parlementaire M. Charzat a produit un rapport<sup>491</sup> remis en 2002 à S. Royal, ministre déléguée aux personnes handicapées. Ce rapport abordait la spécificité du handicap psychique associé à la maladie mentale, mais l'alternance politique ne permit pas de lui donner de suites. C'est la loi de février 2005 qui va venir conforter et actualiser la loi de 1975 relative aux handicapés. Elle vise à garantir aux personnes handicapées, y compris atteintes d'un handicap psychique, le libre choix de leur projet de vie. L'article L.114 du Code de l'action sociale et des familles, dispose que le handicap est constitué par toute limitation d'activité, ou restriction de participation à la vie en société, subie par une personne dans son environnement. Cette limitation doit résulter d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions mentales, cognitives ou psychiques ou d'un trouble de santé invalidant. Ce texte a pour objectif initial de permettre aux personnes handicapées une réelle participation à la vie sociale. Les moyens nouveaux sont financés par la suppression d'un jour férié aux salariés et les fonds sont affectés à la Caisse nationale de solidarité et d'autonomie (CNSA). Cette loi crée la maison départementale des personnes handicapées (MDPH) qui reprend les prestations et aides antérieures, mais également une nouvelle prestation de compensation attribuée sur des critères de niveau et de durée de difficultés. Le texte instaure enfin la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées. Elle est chargée de prendre les décisions relatives à l'ensemble des droits de la personne handicapée. Elle prévoit enfin

---

488 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 page 2353 texte n° 1.

489 LOI n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. JORF n°56 du 7 mars 2007 page 4325 texte n° 12.

490 CARBONNIER, J., *Les personnes, personnalité, incapacité, personnes morales*, Droit civil, tome 1, 21e édition, Paris, P.U.F. Thémis, 2000, p. 302, n° 146.

491 CHARZAT, M., Rapport à Madame Ségolène Royal, ministre déléguée à la famille à l'enfance et aux personnes handicapées : Pour mieux identifier les difficultés des personnes en situation de handicap, du fait de troubles psychiques et les moyens d'améliorer leur vie et celle de leurs proches, mars 2002.

la création et la subvention de Groupes d'Entraide Mutuelle (GEM), animés par des patients malades mentaux eux-mêmes. Cependant, malgré la mention explicite dans la loi de la reconnaissance du handicap psychique, les critères d'attribution de prestations et aides demeurent ceux relatifs au handicap physique, ce qui réduit très sensiblement l'efficacité des dispositions pour les malades mentaux.

## **§2. Une application décevante pour les malades mentaux.**

La protection juridique ne concerne pas uniquement les malades mentaux, en revanche nombre d'entre eux font l'objet d'une protection. Le psychiatre F. Chapiro<sup>492</sup> considère que le bénéfice réel issu de la loi de 2005 est assez faible pour les malades mentaux. Selon ce dernier, l'organisation des dispositifs existants n'a pas été modifiée. Le législateur français a pris des mesures pour satisfaire une clientèle active à un moment donné, mais sans pour autant adapter les dispositions précédentes. La diminution persistante de l'Allocation adulte handicapé (AAH) de cinquante pour cent, au bout de soixante jours d'hospitalisation en est l'exemple le plus emblématique. Cette disposition, qui n'a pas été modifiée par la loi de 2005, se combine au coût du forfait journalier et s'avère particulièrement déstabilisante pour les ressources des malades mentaux. Elle met notamment en péril la conservation du logement. De ce point de vue, le contenu de la nouvelle loi du 5 juillet 2011 est préoccupant. Il donne une idée fautive de la folie et de ses conséquences en occultant toute problématique d'intégration sociale. Le nouveau texte se limite aux seuls soins et occulte les considérations sociales pourtant omniprésentes. Le psychiatre G. Baillon résume ainsi la situation avec pessimisme, considérant que « les patients sont voués à la rue, à l'abandon, à la prison<sup>493</sup> ».

## **SECTION 2. LOI DU 5 MARS 2007 : L'AUTONOMIE ET LA LIBERTÉ RENFORCEES POUR LES MAJEURS PROTEGES.**

Compte tenu du vieillissement de la population l'hôpital, les équipes médicales prennent en charge de plus en plus de patients protégés et en particulier sous tutelle. Cela crée des responsabilités éthiques encore plus exigeantes alors que l'hôpital, soumis aux exigences de rentabilité, consacre de moins en moins de temps à chaque patient. Si la loi du 3 janvier 1968<sup>494</sup> a effectivement séparé la capacité civile et l'hospitalisation, elle n'a pas expressément étendu la sphère juridique de la protection à celle de la personne. Elle se bornait à prévoir la protection du cadre de vie et du patrimoine à caractère personnel des majeurs. La loi du 5 mars 2007, réformant la protection des majeurs, a succédé à la loi de 1968. Cette réforme a été adoptée suite à un rapport du Conseil économique et social de 2007, lui-même synthétisant plusieurs travaux précédents de la Cour des comptes et du médiateur de la République. Avec ce nouveau texte, la protection auparavant limitée aux biens a été étendue à la personne.

### **§1. Les principes et les limites de la réforme.**

L'OMS<sup>495</sup> soutient que « malgré la présence d'un trouble qui peut affecter la capacité, une personne peut encore avoir la capacité d'exécuter des fonctions de prise de décision ». Pour l'OMS, « La capacité et la compétence sont donc spécifiques de la fonction ». La capacité peut fluctuer dans le temps, et n'est pas un concept de « tout ou rien », elle doit être considérée dans le contexte de la décision ou fonction particulière à accomplir. La loi de 2007 s'inscrit pleinement dans ces principes. Les principes de la réforme reposent sur la Convention de La Haye<sup>496</sup> relative à la protection internationale des adultes, ratifiée par la France le 18 septembre 2000. Avant de prononcer une mesure de protection, le juge des tutelles doit désormais vérifier que la personne souffre d'une altération de ses facultés mentales de nature à empêcher l'expression de sa volonté. Il doit de plus s'assurer qu'aucune autre solution de

---

492 CHAPIREAU, F., « Le handicap psychique : reconnaissance ou stigmatisation », *Rhizome* n° 24, mars 2007, p-p 3 et 5.

493 BAILLON, G., « Le Syndicat de la Magistrature condamne sans appel le projet de loi sur la psychiatrie », 02/03/2011, *blogs.mediapart.fr*

494 Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

495 Livre de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme et la législation. OMS. 2005.

496 Convention sur la protection internationale des adultes, conclue le 13 janvier 2000.

protection de droit commun n'est suffisante. L'étendue et le contenu de la mesure doivent être adaptés aux stricts besoins de la personne. La loi prévoit également une autonomie considérablement renforcée du majeur protégé, y compris lorsqu'il se trouve sous tutelle, pour tous les « actes éminemment personnels », qui ne nécessiteront plus ni assistance ni représentation. Enfin, elle introduit une disposition nouvelle de consentement anticipé avec le mandat de protection future<sup>497</sup>. Celui-ci permet de déterminer par anticipation et dans un cadre conventionnel, la personne chargée de sa protection en cas de situation future d'incapacité. Même si cette loi d'application, effective au 1er janvier 2009, a encore du mal à rentrer dans les pratiques des professionnels, elle représente un progrès certain pour le respect des droits des personnes dont les facultés mentales sont altérées et qui font l'objet d'une protection. Outre les aspects organisationnels, la difficulté de son application tient probablement en partie au fait qu'elle favorise l'autonomie et le libre arbitre de la personne protégée. Elle s'inscrit en cela, à contre courant de la masse de textes coercitifs ou paternalistes adoptés. La loi de 2007 est précisée par un décret<sup>498</sup> et a fait l'objet d'une très longue circulaire explicative<sup>499</sup>, ainsi que d'une charte<sup>500</sup> plus concise à valeur réglementaire.

Le Conseil de l'Europe<sup>501</sup> a défini le principe de nécessité en énonçant qu'« [...] aucune mesure de protection ne devrait être instaurée à l'égard d'un majeur incapable, à moins que celle-ci ne soit nécessaire, compte tenu des circonstances particulières et des besoins de l'intéressé ». Selon l'exposé des motifs, préalable à l'adoption de la loi du 5 mars 2007, les mesures de protection restrictives de droits ne peuvent plus pallier aux défaillances des dispositifs sociaux. Le principe de nécessité, exige la présence réelle de troubles psychiques, en préalable à l'instauration d'une mesure de protection. Les troubles mentaux retenus sont ceux consécutifs à une maladie psychiatrique, mais également ceux d'origine organique entraînant des troubles cognitifs ou mnésiques. Le principe de nécessité de troubles psychiques, constatés par un certificat médical, est encadré par les articles 428 et 431 du Code civil. De plus le médecin certificateur doit être habilité et inscrit sur une liste spécifique. Cependant, la Cour d'appel de Douai<sup>502</sup> s'est récemment prononcée à propos de la nécessité. Pour la Cour, le législateur a subordonné la recevabilité de la requête à la production d'un certificat médical, émanant d'un médecin inscrit sur une liste, pour éviter des demandes de protection abusives. En revanche, ce n'est pas pour réserver les mesures de protection aux seules personnes qui acceptent d'être examinées par un tel médecin. Dans cette décision d'appel isolée à confirmer, la Cour souligne que « certaines personnes peuvent avoir un besoin impérieux de protection, tout en refusant de le reconnaître et d'accepter leur mise sous protection juridique, et en refusant de se rendre chez le médecin et/ou de rencontrer le juge ». Cette jurisprudence retient qu'il Il serait « fondamentalement contraire à l'esprit de la loi, qui est d'assurer une protection juridique à toute personne en ayant besoin, d'exclure ces personnes de toute possibilité de protection du seul fait de leur refus, qui peut d'ailleurs résulter justement de l'altération de leurs facultés mentales rendant nécessaire leur protection ». En effet, au vu de l'article 415 du Code civil, « les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire ». Si cette protection est instaurée et assurée « dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne », elle a néanmoins pour finalité « l'intérêt de la personne protégée ». Elle favorise l'autonomie de la personne, mais seulement « dans la mesure du possible ». Enfin, le législateur a écarté les protections relatives aux obligations familiales en lien avec les situations de « prodigalité » ainsi que d'« intempérance » et d'« oisiveté » du champ judiciaire. Il s'agissait de remédier à la dérive observée qui voyait de plus en plus de mesures prononcées pour des problèmes sociaux, sans que soient présents des troubles psychiques associés.

---

497 Art 477 à 488 du Code civil.

498 Décret no 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires, à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales, comportant en annexe la Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée. JORF n°0001 du 1 janvier 2009 page 92 texte n° 57.

499 Circulaire de la DACS n°CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs.

500 Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée annexée au Décret n°2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales.

501 Conseil de l'Europe, Recommandation (99)4 du comité des ministres, 23 février 1999.

502 CA de Douai, chambre de protection juridique des mineurs et des majeurs, 11 janvier 2013, n° 1205941.



Ces situations de précarité, exclusivement sociales, font désormais l'objet d'un dispositif particulier d'accompagnement social. A ce propos, le législateur a souhaité protéger particulièrement le logement, en veillant notamment à garantir le paiement du loyer.

Le législateur a limité au cercle familial proche la possibilité de saisine directe du juge des tutelles. Les professionnels doivent désormais saisir le parquet civil, qui décidera du bien fondé de la saisine du juge des tutelles. De plus, toute mesure de protection judiciaire devra être réévaluée systématiquement par le juge des tutelles tous les cinq ans. Le législateur a également retenu les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Ainsi, l'article 428 du Code civil dispose que la mesure devra être proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération, des facultés personnelles de l'intéressé. La mesure est donc bien personnelle et proportionnelle aux besoins précis de la personne. Il s'agit pour le juge des tutelles de mettre en place un dispositif de protection « sur mesure » et strictement nécessaire. Il peut agir pour cela sur tous les « curseurs » disponibles, qu'ils soient judiciaires ou conventionnels. Concrètement, en préalable à l'ouverture d'une mesure de protection, il doit être recherché si les règles de droit commun des régimes matrimoniaux, telles que procuration ou autorisation, ne répondent pas aux besoins de la personne. Depuis le décret du 29 octobre 2004<sup>503</sup>, le juge des tutelles peut être saisi par un époux pour être autorisé à représenter son conjoint hors d'état de manifester sa volonté. Cela peut être de manière durable ou à l'occasion d'un acte particulier, sans qu'une mesure de protection juridique ne soit ouverte. La mesure de protection est désormais modulée et proportionnée, en fonction de l'état de santé mentale du majeur concerné. L'assistance est privilégiée et la représentation est devenue exceptionnelle. Cette modulation se fonde sur les trois principes directeurs de la protection retenus par le législateur : nécessité, subsidiarité, proportionnalité. Elle tend à écarter le principe d'une tutelle à la personne qui puisse constituer un pouvoir exercé de manière coercitive. De plus, toute assistance ou représentation est dorénavant exclue pour les actes strictement personnels.

Malgré la réforme, les mesures de protection sont toujours idéalisées par rapport au droit commun préexistant, et ce au détriment de la représentation sous la forme de mandat ou de procuration. D'autre part, les professionnels auxquels les familles ont à faire ont une connaissance limitée du droit de l'incapacité et acceptent difficilement l'intervention de la famille sans mandat judiciaire. De même, les familles ignorent toujours généralement les possibilités qui existent pour protéger le majeur en dehors des mesures judiciaires. A titre d'exemple, avant la réforme de nombreuses mesures étaient ordonnées uniquement pour la vente du logement, alors que dans le même temps la famille gérait les finances du majeur sans difficulté. Il faut toutefois noter à ce propos que la loi de 2007 permet désormais au juge de désigner un mandataire spécial pour faire des actes de disposition, à l'occasion de sauvegardes de justice temporaires ; à la place de tutelles ou curatelles classiques. Enfin, lorsque le majeur est isolé, une représentation selon le droit commun est évidemment impossible, une mesure de protection est alors inévitable de même que la désignation d'un mandataire judiciaire.

La loi prévoit donc désormais une protection globale des biens et de la personne. Contrairement à la loi de 1968 qui n'abordait que la protection des biens, une des innovations majeures de la loi est de fixer la protection de la personne comme une priorité. Cette protection qui a pour finalité l'intérêt de la personne protégée, doit être appliquée dans le respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine. Comme le rappelle le législateur, elle est un « devoir des familles et de la nation<sup>504</sup> ». Désormais, le mandataire chargé de la protection doit garantir à la personne protégée le respect de ses droits fondamentaux et en particulier sa participation aux décisions la concernant. Le rôle du protecteur n'est plus comme par le passé purement gestionnaire. Celui-ci doit assurer un accompagnement effectif global de la personne protégée. En ce qui concerne le contrôle des mesures, la loi du 5 mars 2007 prévoit l'obligation de soumettre annuellement au contrôle du juge, un compte de gestion du patrimoine du majeur protégé.

---

503 Décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale. JORF n°255 du 31 octobre 2004 page 18492 texte n° 6.

504 Art 419 du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Ce texte de 2007, qui est appliqué depuis le 1er janvier 2009, représente le résultat d'un long travail entre l'exécutif et le Parlement. Il reflète également une réelle concertation avec les professionnels et les représentants des majeurs protégés. Cette loi, qui devait mettre un terme aux dérives de la loi de 1968 et améliorer la prise en charge et le respect des droits des majeurs vulnérables, nécessitait cependant des moyens nouveaux. Elle devait stabiliser le nombre des mesures de protection judiciaire par la réaffirmation du principe de subsidiarité. Par delà les grands principes, la réforme visait aussi à diminuer le coût pour les finances publiques. Au-delà du texte, la réalité est beaucoup plus contrastée. Dans une question écrite au Gouvernement<sup>505</sup>, le député P. Cochet relevait que « outre le fait que ces mesures permettent au mieux d'éviter des malversations et ne font en aucun cas apparaître les carences de cette gestion, les moyens alloués à la justice pour accomplir cette mission réduisent à une portion congrue toute intervention rapide et efficace du juge ». Le parlementaire soulignait que « seuls quatre-vingt magistrats à temps pleins sont aujourd'hui en charge de plus de 400 000 dossiers, soit 5 000 dossiers par magistrat ». L'Union Syndicale des Magistrats<sup>506</sup> souligne que sans moyens humains indispensables, « les mesures nouvelles et les révisions ont été menées dans des conditions indignes d'une démocratie développée ». Selon l'organisation syndicale, en 2007 tout comme en 1968, la crédibilité du système repose toujours sur le caractère effectif des contrôles. Le syndicat qualifie d'ailleurs la situation et l'activité des magistrats de « taylorisme judiciaire », faisant référence à des auditions soit expéditives ou inexistantes, ou à des jugements stéréotypés. En pratique, le financement des mandataires s'avère également insuffisant et ne permet pas l'accompagnement de la personne tel qu'il est prévu par le législateur. Pour le syndicat, si les difficultés budgétaires de l'Etat doivent conduire à une stagnation, voire une diminution des moyens, alors le législateur devra revoir à la baisse les obligations pesant sur les juridictions, tout comme sur les mandataires.

## **§2. Une autonomie préservée pour les actes personnels.**

La loi de 2007 a opéré un changement de paradigme fondamental en dissociant les actes juridiques relatifs aux biens, des actes touchant à l'intimité de la personne. Ces derniers font désormais l'objet d'une approche beaucoup plus respectueuse de l'autonomie de la personne. L'article 415 du Code civil dispose en effet que « cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci ». Ces nouvelles dispositions ont été élaborées pour une meilleure prise en compte des droits et de la volonté de la personne vulnérable. Désormais, le recueil du consentement de la personne, la prise en compte de sa famille, de ses proches, ainsi que la personnalisation du contenu des mesures sont incontournables. Des outils d'évaluation et de contrôle sont développés pour garantir le respect des droits et libertés des majeurs protégés. La loi de 2007 a porté l'accent sur la protection du cadre de vie de la personne protégée et sur le maintien de ses relations personnelles. Le maintien du logement est prévu par l'article 426 du Code civil. Le Tribunal de grande instance de Toulouse<sup>507</sup> a même précisé dans sa jurisprudence le droit au libre choix de l'habitation. L'article 459-2 du Code civil affirme enfin le respect des relations personnelles du majeur. Ainsi, dans le cas où la mesure de protection amène le mandataire à interdire des visites, le juge ou le conseil de famille peuvent intervenir pour imposer les choix du majeur à son protecteur<sup>508</sup>. L'article 459-2 du Code civil est encore peu connu, mais il devrait devenir une référence au regard des relations souvent tendues entre les proches du majeur protégé. La situation restera toutefois difficile lorsque le majeur vulnérable ne sera plus à même de consentir ou exprimer un choix, voire un avis. L'histoire du majeur et son mode de vie passé vont alors être déterminants pour organiser sa vie personnelle. Dans ce cas, le droit de recevoir des visites et d'entretenir des relations avec l'extérieur et celui du tiers d'entretenir des relations avec le majeur protégé sont maintenus. Il appartient alors au conseil de famille ou au juge des tutelles d'organiser les

505 Question au Gouvernement de M. Cochet Philippe (Union pour un Mouvement Populaire - Rhône), n°126603, publiée au JO le 24/01/2012, page : 814.

506 *Le nouveau pouvoir judiciaire*, publication de l'Union Syndicale des Magistrats, n° 398, mars 2012.

507 TGI de Toulouse, chambre Familiale, 7 juillet. 2010, n° 10/00073.

508 CA de Versailles, 1re ch, 28 avril 2011, n°10/08330.

visites ou d'y mettre un terme éventuellement, si elles représentent un danger pour la personne protégée.

Sur le plan général, l'autorisation de mariage du majeur sous tutelle est donnée par le juge des tutelles et surtout, l'exigence de l'avis du médecin est désormais supprimée. De même, le majeur sous tutelle peut conclure un PACS selon les modalités fixées pour le mariage. Le majeur sous curatelle a le droit de conclure un PACS, mais dans ce cas, l'assistance du curateur est requise pour la signature de la convention. En revanche, les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peuvent jamais donner lieu à assistance ou représentation. Il s'agit de la déclaration de naissance, déclaration du choix ou changement de nom d'un enfant. La loi modifie également les conséquences d'une mesure de protection sur le droit de vote. Le juge des tutelles doit statuer, lors de l'ouverture ou du renouvellement d'une mesure, sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée y compris sous tutelle. La loi est cependant muette sur les critères d'appréciations du maintien ou du retrait du droit de vote et les critères sont laissés à l'appréciation du juge.

La protection du logement s'étend aussi à la résidence secondaire et il est à noter que l'avis d'un médecin spécialisé est aussi requis dans le cas d'un placement en institution. Par principe, la personne protégée choisit le lieu de sa résidence et le juge des tutelles peut être saisi dans les cas de conflit, sur la résidence de la personne. Le 8 février 2013, la Cour d'appel de Douai<sup>509</sup> a statué dans une affaire intéressante une majeure placée sous curatelle renforcée, en raison d'une détérioration intellectuelle. Cette dernière a demandé un changement de résidence, mais le juge des tutelles a refusé de faire droit à cette demande, au regard de deux certificats médicaux et de l'avis négatif du curateur. La Cour d'appel a donné raison à la requérante, estimant que le médecin et le curateur faisaient prévaloir un principe de précaution, sur le principe de libre choix par la personne protégée de son lieu de résidence. Les juges d'appel affirment qu'« une telle approche [...] ne permet pas, en l'absence de toute difficulté effectivement constatée et avérée, de porter atteinte au droit de la personne protégée de choisir son lieu de vie ». Les juges d'appel ont ainsi fait prévaloir l'autonomie du majeur protégé à propos de son lieu de résidence.

Si la personne a ouvert des comptes bancaires, son représentant légal ne peut pas les clôturer pour regrouper l'ensemble des comptes sur un seul et même compte. La pratique des comptes dits « pivots » est désormais interdite. Le mandataire se doit de respecter le choix du majeur, et laisser ce compte ouvert.

La loi pose désormais le principe « d'assistance obligatoire » par un avocat du majeur protégé sous protection judiciaire s'il est poursuivi pénalement. Une expertise médicale préalable doit avoir lieu avant tout jugement au fond, ceci de manière à évaluer sa responsabilité pénale au moment des faits. Le rôle du curateur ou du tuteur n'est plus de se substituer à la personne, mais de l'aider à la compréhension grâce à une information adaptée à ses capacités. Le curateur ou tuteur informe la personne sur sa situation personnelle. Il explique les actes qui lui sont proposés ou qui sont envisagés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences et les conséquences du refus éventuel. Le protecteur doit s'acquitter de cette obligation selon des modalités adaptées à la capacité de compréhension de la personne, sans préjudice de l'information délivrée par la personne qui sollicite le consentement. Si la personne n'est pas en état de comprendre ou de donner une décision éclairée, le curateur l'assiste et le tuteur la représente mais toujours avec une information au préalable. Le législateur a circonscrit l'assistance comme la représentation des majeurs protégés, aux actes de disposition, d'administration, voire conservatoires et de la vie courante. Il a, en revanche, souhaité garantir à la personne une sphère importante d'autonomie pour les actes personnels.

Un patient sous tutelle aux incapables majeurs peut consentir lui-même aux soins. Conformément aux règles relatives au consentement, préalablement à tous soins, l'information est donnée au patient. Cette

---

509 CA de Douai, 8 février 2013, n° 12/06650.

information doit être adaptée à ses capacités de compréhension. L'intérêt majeur de cette démarche est de rechercher son adhésion au traitement et par voie de conséquence sa réussite<sup>510</sup>. V. Merien, chef du bureau des personnes vulnérables, à la direction des affaires juridiques de l'AP-HP, précise qu'il revient au médecin d'estimer si la personne a suffisamment de lucidité pour décider seule. Dans ce cas il n'est pas obligatoire d'avoir l'accord du tuteur puisque c'est le principe d'autonomie posé par la loi du 5 mars 2007<sup>511</sup> qui s'applique ». Si toutefois le patient n'est plus considéré apte à consentir par le médecin, le tuteur ne peut consentir seul. Il est tenu d'en référer au juge des tutelles si l'acte médical est susceptible de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée<sup>512</sup>. Ce principe d'autonomie renforcée, en matière de consentement aux soins, est toutefois difficile à respecter. Les médecins confrontés à la situation ne se reconnaissent généralement pas le droit d'évaluer la capacité à consentir alors qu'ils sont les auteurs de l'acte médical proposé. Dans la pratique, ils sollicitent régulièrement le tuteur et le juge des tutelles à ce propos. En matière de santé, la personne sous tutelle doit toujours être informée de manière adaptée à ses capacités. Mais depuis le 1er janvier 2009, la personne sous protection, y compris sous tutelle, prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Hors les cas prévus à l'article 458 du Code civil, l'article 459 du même code dispose que la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Le médecin doit cependant être en mesure de pouvoir justifier des soins en cas de contestation par la famille ou du représentant légal. Le tuteur doit être informé des soins mais il ne prend pas la décision. S'il existe un conflit entre le majeur sous protection et le tuteur, le juge des tutelles doit alors être informé. En matière de santé, la personne doit recevoir une information de la part de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en application de la loi. L'information doit porter sur sa situation personnelle ainsi que l'utilité des actes, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus éventuel. Cette obligation d'information qui pèse sur le protecteur est similaire à l'information médicale à la charge des médecins. En résumé, si la personne protégée sous tutelle est représentée pour les actes juridiques de disposition, d'administration et conservatoires, en revanche elle bénéficie par principe de l'autonomie de décision pour les actes de soins répondant à la définition d'actes « éminemment personnels ». A ce propos, peu après la mise en application de la loi, le juge des tutelles du Tribunal d'instance de Nice<sup>513</sup> a été saisi d'une demande d'autorisation, pour pratiquer une coloscopie sur un majeur sous tutelle. Il a considéré qu'aucune décision spéciale du juge des tutelles n'était intervenue pour prévoir l'assistance ou la représentation de la majeure protégée dans les actes touchant à sa personne. Celle-ci peut décider seule et sans assistance ni représentation, conformément à l'article 459 du Code civil. De plus, le juge a précisé que la coloscopie envisagée sous anesthésie générale, ne saurait être considérée comme un acte portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle. L'autorisation du juge des tutelles n'était donc pas nécessaire et le consentement du patient était seul requis.

Comme auparavant, un patient sous curatelle conserve le plein exercice de ses droits, c'est-à-dire c'est lui et lui seul qui prend les décisions portant sur son état de santé. Le curateur n'est pas habilité à recevoir des informations médicales, par respect du principe du secret médical, et encore moins à prendre des décisions. Si le patient sous curatelle venait à prendre des décisions qui mettrait en danger sa santé, il est préférable selon l'urgence de contacter soit le juge des tutelles. Il pourra alors décider un changement du régime de protection pour le placer sous tutelle si besoin, soit le procureur de la République en cas d'urgence. Dans ces contextes de soins, les majeurs sous sauvegarde de justice ou sous curatelle peuvent librement désigner une personne de confiance. Par contre, les majeurs sous tutelle ne peuvent pas désigner une personne de confiance, car leur état d'incapacité les empêche de désigner valablement un tiers. Une réserve existe cependant, si une personne de confiance avait été désignée avant la mise en place de la mesure de protection, le juge des tutelles devra confirmer sa

---

510 Art L.1111-4 du CSP.

511 KORBER. J, *Curatelle tutelle...Soigner un majeur protégé*, 12 novembre 2011. [www.actusoins.com](http://www.actusoins.com)

512 Art 459 du Code civil modifié par la LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 116.

513 Tribunal d'instance de Nice, juge des tutelles, 4 février 2009, n°01-00602.

mission ou la révoquer. En soins sans consentement, l'article L.3211-6 du CSP prévoit que si la personne a besoin d'être protégée dans les actes de la vie civile, le médecin en fait la déclaration au procureur de la République. Cette déclaration a alors pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice. Ceci s'applique également dans les établissements de santé et notamment lors de soins psychiatriques sans consentement. L'article L.3211-8 du CSP dispose que la personne qui fait l'objet de soins psychiatriques sans consentement peut être placée en curatelle ou en tutelle, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 425 et 440 du Code civil.

### **§3. Une disposition nouvelle : le mandat de protection future (MPF).**

Le MPF prévu à l'article 492 du Code civil constitue une nouvelle disposition conventionnelle. Elle permet d'organiser à l'avance sa propre protection ou celle d'autrui pour le jour où l'état de santé ne le permet plus. Le mandat pour autrui répond à une demande ancienne formulée par des parents d'enfants handicapés, souhaitant organiser la vie de leur descendant après leur décès. Le législateur a étendu le dispositif en le prévoyant pour soi-même. Dans les deux cas, lorsque l'état physique ou mental de la personne à protéger se détériore, une ou plusieurs personnes choisies de manière anticipée, réaliseront les actes nécessaires à la protection. La protection pourra concerner à la fois le patrimoine et la personne ou seulement l'un des deux. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, le mandat de protection future peut prévoir que le mandataire exercera certaines missions. Il s'agit des missions que le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance<sup>514</sup>.

### **§4. Les limites procédurales.**

Une mesure de protection judiciaire sert une intention positive, mais en contrepartie, elle permet une intrusion considérable d'un tiers dans la vie privée de la personne protégée. La question du contrôle mais aussi du recours est essentielle. Sauf disposition contraire, les décisions du juge des tutelles sont susceptibles d'appel. L'appel est ouvert aux personnes énumérées à l'article 430 du Code civil même si elles ne sont pas intervenues à l'instance<sup>515</sup>. Il s'agit en premier lieu de la personne à protéger elle-même, mais pas seulement. Selon le cas, peuvent faire appel le conjoint, le partenaire d'un pacte civil de solidarité, le concubin, un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables ou la personne qui exerce déjà à son égard une mesure de protection juridique. Le ministère public peut aussi former appel de l'avis, de la délibération prise ou de la décision rendue<sup>516</sup>. Dans la mesure où l'avocat est peu présent, cette procédure de recours est toutefois d'une portée limitée. En effet, la personne à protéger est vulnérable par définition et largement démunie. Malgré les avancées décrites, la procédure de mise en incapacité, en tant que telle, préserve peu les droits du majeur et le respect des libertés individuelles. Pendant la procédure, le même juge unique va instruire, juger et suivre le dossier du majeur. Il s'agit là d'une contradiction avec les normes constitutionnelles qui prévoient la séparation entre le magistrat d'instruction et celui de jugement. Si la présence de l'avocat est toujours facultative à la procédure, en revanche le parquet a un pouvoir accru. En effet, toutes les saisines qui n'émanent pas des proches sont soumises au contrôle d'opportunité du procureur de la République avant transmission au juge. La réforme de 2007 peut également engendrer des difficultés, en donnant la primauté aux familles, dans le déclenchement du processus de protection. Ces dernières peuvent ne pas réagir face à une situation préoccupante<sup>517</sup>. Enfin, si l'obligation légale de réexamen périodique des mesures constitue un progrès *a priori*, la réalité est différente. Les difficultés matérielles des services de la justice atténuent fortement cette garantie théorique de pouvoir recouvrer la capacité juridique. A ce propos, le Syndicat de la Magistrature<sup>518</sup> dénonce la situation dramatique des tribunaux

---

514 Art L.1111-6 du CSP.

515 Art 1239 du Code de procédure civile.

516 Art 1240 du Code de procédure civile.

517 WONG. W, *Gérontologie et Société* n°131, décembre 2009, p. 178

518 BONDUELLE. M, pour le Syndicat de la Magistrature, *Rentrée 2012 : vers l'effondrement du service public de la justice. Lettre ouverte à la Mme la garde des Sceaux sur la situation des juridictions*, juillet 2012.

d'instance qui, selon lui, augure mal de l'effectivité de ces dispositions. La Cour des comptes a relevé également que la mise en œuvre de la réforme semble avoir été sous évaluée<sup>519</sup>. En réalité, cette réforme s'est traduite par un rallongement des délais de saisine du juge des tutelles. Elle rend quasi impossible la prise de mesures d'urgence, alors même que la sauvegarde du patrimoine peut exiger l'accomplissement immédiat de certains actes. De plus, le juge des tutelles a désormais un champ d'intervention élargi avec de nouvelles attributions. Il intervient dans toutes les dimensions de la vie du majeur et non plus seulement dans les décisions relatives à son patrimoine. Ces nouvelles interventions viennent alourdir et ralentir d'autant le suivi des dossiers. Selon la Cour des comptes, les nombreuses interventions nouvelles issues de la réforme rendent impossible le recentrage du juge des tutelles sur ses missions essentielles. Dans les faits, la flexibilité des mesures constitue un progrès pour le protégé mais elle génère aussi une majoration des contentieux. Enfin, le rôle du médecin expert est essentiel dans l'instruction des mesures de protection puisqu'elles sont fondées notamment sur la nécessaire reconnaissance de l'altération mentale de la personne à protéger. Comme c'est le cas pour tous les types d'expertises, la Cour des comptes a relevé une insuffisance du nombre de psychiatres inscrits sur les listes. Cette situation est préoccupante pour l'avenir du système et la Cour regrette que cet enjeu majeur « ne semble pas avoir fait l'objet d'évaluations particulières au stade des études d'impact ».

Du point de vue du droit européen, la France est peu mise en cause en matière de protection juridique, par la CEDH. Pour autant, la Cour de Strasbourg s'est prononcée récemment sur ce sujet à plusieurs reprises. C'est notamment le cas dans l'affaire *Chtoukatourov c. Russie*<sup>520</sup>, dans laquelle le requérant avait été placé sous tutelle à la demande de sa mère. Le tribunal s'était basé sur un rapport médical n'ayant pas analysé suffisamment le degré d'incapacité du requérant. L'article 8 de la Convention au titre de l'atteinte à la vie privée n'était pas respecté. Au regard du droit interne français, dans ce cas intéressant la Russie, le principe de nécessité était insuffisamment respecté. Dans une autre affaire *Berkova c. Slovaquie*<sup>521</sup>, la requérante atteinte d'un trouble mental se trouvant sous tutelle, avait été empêchée durablement de demander le rétablissement de sa capacité juridique. La Cour a retenu la violation des articles 6-1 au titre du non-respect du délai raisonnable, l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que l'article 13 prévoyant un recours effectif. Enfin, dans une affaire *Salontaji-Drobnjak c. Serbie*<sup>522</sup>, la Cour s'est de nouveau prononcée au regard de l'article 8, considérant que la mesure de tutelle excessivement restrictive constituait une atteinte à la vie privée. Au vu d'irrégularités procédurales, la Cour a également retenu la violation de l'article 6-1 et le non-respect du droit à un procès équitable. Dans ces deux dernières affaires, on peut entrevoir un contentieux à venir au regard des difficultés à respecter la fréquence de révision des mesures prévue en droit interne.

### SECTION 3. LA RESPONSABILITÉ INDEMNITAIRE ET LES TROUBLES MENTAUX.

Il résulte des dispositions de l'article 4 de la Déclaration de 1789 que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». En conséquence, par principe tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer intégralement. La loi affirme un principe général de responsabilité indemnitaire, y compris en cas de trouble mental. Toutefois la jurisprudence prévoit une exception de responsabilité sans faute des établissements ou de l'Etat, pour les dommages causés par un patient, à l'occasion de soins sans consentement. Cette jurisprudence est toutefois très fluctuante. Un autre signe de singularité des soins psychiatriques réside dans les contrats spéciaux d'assurances proposés aux établissements concernés.

---

519 Sénat, session ordinaire 2011-2012, rapport d'information enregistré à la Présidence du Sénat le 31 janvier 2012 fait au nom de la commission des finances sur l'enquête de la Cour des comptes, relative à l'évaluation de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs, par MM. Éric Bocquet et Edmond Hervé, sénateurs.

520 CEDH, 27 mars 2008, req n° 44009/05, affaire *Chtoukatourov c. Russie*.

521 CEDH, 24 mars 2006, req n° no 67149/01, affaire *Berková c. Slovaquie*.

522 CEDH, 13 octobre 2009, req n°36500/05, affaire *Salontaji-Drobnjak c. Serbie*.

## §1. Principe de responsabilité indemnitaire sous l'emprise de trouble mental.

L'article 1382 du Code civil énonce un principe général, selon lequel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». La portée de cette disposition inclue les cas de dommages créés sous l'emprise de troubles mentaux. Si le malade mental peut être reconnu pénalement irresponsable, la loi de 2007 réaffirme le principe de la responsabilité indemnitaire, même si la personne se trouve sous l'emprise de trouble mental<sup>523</sup>. Selon l'article 414-3 du Code civil, celui qui a causé un dommage à autrui, alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, doit en assurer la réparation. Cet article réaffirme le principe de la responsabilité civile du majeur atteint d'un trouble mental instauré par la loi de 1968. Cette disposition a mis fin à la jurisprudence traditionnelle qui refusait réparation aux victimes d'un dommage lorsqu'il était causé par une personne sous l'emprise d'un trouble mental. La jurisprudence a précisé le champ de cette obligation en l'appliquant à tous les cas de responsabilité civile prévus aux articles 1382 et suivants du Code civil, sans possibilité de distinction. Le malade mental sujet de droits est civilement responsable par principe. Il reste soumis à des obligations de droit commun prévues par le Code civil en matière de responsabilité indemnitaire. Ce principe général prévoit que tout fait quelconque d'une personne qui cause un dommage à autrui oblige cette même personne à le réparer<sup>524</sup>. Ce régime s'applique toutefois, dans la limite des exceptions prévues, pour les soins administrés en établissement spécialisé, avec ou sans consentement. Dans ce dernier cas, la jurisprudence prévoit un régime particulier de responsabilité sans faute, de l'établissement ou de l'Etat, pour risque exceptionnel.

D. Truchet<sup>525</sup> relève que le défaut de surveillance du malade a alimenté un contentieux administratif de la responsabilité important, en cas de fugue, de suicide ou d'agression contre le malade lui-même. Quel que soit le régime d'hospitalisation, libre ou sans consentement, la responsabilité retenue est très dépendante des circonstances. Le juge est attentif au « respect des précautions, tenant aussi bien à l'adaptation des locaux qu'à l'attitude du personnel, qu'impliquaient normalement l'état et l'évolution probable du malade et ses antécédents<sup>526</sup> ». Au contraire des dispositions prévues par le Code civil, les mêmes règles s'appliquent lorsque le malade hospitalisé n'est pas la victime mais cause un dommage. Ce dommage peut atteindre d'autres malades ou des tiers, dans ou en dehors l'établissement. L'établissement est responsable lorsqu'une faute de sa part a permis la réalisation du dommage<sup>527</sup>. Cette faute peut être constituée par la mauvaise appréciation de la dangerosité d'un malade que l'on laisse libre de ses mouvements ou d'un défaut de surveillance. En l'occurrence, l'établissement commet une faute en ne prévenant pas la famille et les autorités de police et de secours, de la fugue d'un malade. C'est surtout le cas si ce dernier est dangereux pour autrui ou pour lui-même.

## §2. Exception jurisprudentielle : le risque accepté et la responsabilité sans faute.

Légiférer sur la liberté des patients comporte toujours un risque politique pour les pouvoirs publics. Ils doivent affronter une opinion sous l'emprise de préjugés, à l'égard des évolutions de la psychiatrie, et en particulier, à l'égard des patients hospitalisés sous contrainte. Pour la population générale, celui-ci est très souvent considéré comme durablement dangereux et cela de façon irréversible. Pourtant, la psychiatrie accueille surtout des personnes *a priori* vulnérables du fait de leurs troubles et l'hôpital se doit de les soigner, mais aussi de les protéger.

La conciliation de la liberté et de la protection des malades mentaux est au centre du droit de la psychiatrie publique. En parallèle des évolutions législative, il convient d'observer le rôle déterminant de la jurisprudence. La « juridiciarisation » de la psychiatrie concerne les politiques jurisprudentielles par

---

523 Art 414-3 du Code civil.

524 Art 1382 du Code civil.

525 TRUCHET, D., *Malades mentaux*, août 2006, Rép. Civ, Dalloz, P. 16.18

526 CE, 5 mars 1975, *Dame Moulis*, publié au recueil Lebon ; CE, 16 avril. 1980, *Ghelaf*, mentionné aux tables du recueil Lebon ; CE, 27 février 1985 CHR de Tarbes, mentionné aux tables du recueil Lebon.

527 CE, 23 juin 1986, *Centre hospitalier spécialisé de Maison-Blanche c/ Consorts Barbxxxx*, mentionné aux tables du recueil Lebon.

lesquelles les juges investissent la discipline. Précisément, d'importantes normes prétoriennes sont venues compléter la législation, notamment des régimes d'hospitalisation sous contrainte. Celles-ci encadrent en particulier les principes de responsabilité, à l'occasion des contentieux qui opposent les patients ou les tiers aux professionnels ou aux institutions. D'après l'analyse jurisprudentielle de Didier Truchet, aux yeux du juge administratif, le patient malade hospitalisé échappe au droit commun. En l'occurrence, la solution prétorienne dégagée par le Conseil d'Etat constitue bien un régime particulier de responsabilité. Les juridictions administratives ont en effet perçu la difficulté du législateur face à la psychiatrie publique, et en particulier à l'hospitalisation sous contrainte. La jurisprudence administrative permet de contourner les obstacles que le législateur n'a pas abordé. Le juge administratif a assuré et continue d'assurer un rôle d'arbitrage, entre la psychiatrie et l'opinion publique, par le biais de la reconnaissance de la responsabilité sans faute. Le fait que la jurisprudence accepte le risque constitue évidemment une condition essentielle pour la réadaptation et la liberté des patients. Devant le vide législatif, le juge administratif a donc affirmé la légalité de modes de prise en charge risqués comme les sorties d'essai. Il a dégagé une jurisprudence qui relativise le principe de défense sociale, comparable au principe de précaution qui fondait la loi du 30 juin 1838. A partir de 1967, avec l'arrêt *Département de la Moselle*, le Conseil d'État<sup>528</sup> a dégagé une jurisprudence bien établie pour risque exceptionnel. Cette jurisprudence appliquée aux sorties d'essai est apparue dans la continuité de l'arrêt *Regnault-Desrosiers*.

En l'espèce, la seule sortie prévue par la loi de 1838 était la sortie définitive, mais la sortie d'essai existait en marge de la loi, s'appuyant sur une circulaire de 1957. Il s'agissait d'un malade mental en sortie d'essai qui avait provoqué un incendie, dans les locaux de l'agriculteur chez qui il était placé. En décidant l'indemnisation de l'agriculteur accueillant, le Conseil d'Etat a considéré que la méthode thérapeutique des sorties d'essai créait un risque spécial pour les tiers. Les dommages causés à ce titre, en relation directe avec l'application de cette méthode, étaient de nature à engager sans faute la responsabilité des hôpitaux psychiatriques. Cet arrêt particulièrement important affirmait la légalité de ce mode de prise en charge, même en l'absence de dispositions législatives. Il affirmait de même que malgré le risque, la réadaptation des malades mentaux contraints passait par l'essai d'une mise en condition de vie normale. F. Fombeur<sup>529</sup>, directrice des affaires civiles et du sceau au ministère de la justice, décrit l'esprit avec lequel le juge administratif appréhenda le champ éthique de la psychiatrie à partir du milieu des années 1960. En l'occurrence, la responsabilité sans faute s'est développée essentiellement au profit des tiers. Le juge administratif considère que, quand l'administration prend un risque, dans un but d'intérêt général, et que le risque se réalise au préjudice d'un administré, ce dernier doit voir son préjudice indemnisé. Précisément, selon F. Fombeur « La responsabilité sans faute constitue ainsi un moyen pour l'administration de poursuivre des activités d'intérêt général, d'une façon socialement acceptable, dès lors qu'une compensation s'avère possible quand les intérêts particuliers sont lésés de façon trop importante ». D. Truchet<sup>530</sup> rappelle que quelles que soient les précautions prises, les sorties d'essai dont peuvent bénéficier les malades hospitalisés sans leur consentement comportent des risques pour les tiers. Lorsque ces risques se réalisent, l'établissement en est alors responsable sans faute. Nous verrons plus loin que cette théorie du risque accepté a été mise à mal en 2012 dans l'affaire du CHS Edouard Toulouse de Marseille.

Ces cas de responsabilité sans faute sont restés longtemps strictement circonscrits et ne s'étendaient pas aux dommages causés par les malades se trouvant avec leur consentement en service libre. Le service libre n'est en effet pas considéré *a priori*, comme faisant courir des risques pour les tiers. Le Conseil d'Etat<sup>531</sup> a écarté les soins psychiatriques libres du régime de responsabilité sans faute dans une décision de 1990, en considérant que « l'hospitalisation en service libre [...] ne constitue pas une méthode thérapeutique créant un risque spécial pour les tiers et susceptible d'engager sans faute la

---

528 Décision judiciaire du Conseil d'Etat du 13 juillet 1967, Département de la Moselle.

529 FOMBEUR. F., *Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute*, Actualité juridique de droit administratif, 20 juillet- 29 août 1999 (numéro spécial p. 100).

530 TRUCHET. D., *Responsabilités*, août 2006, Rép civ, Dalloz, P. 16.18.

531 CE, 21 février 1990, n° 63293, inédit au recueil Lebon.



responsabilité de l'administration ». Le défaut d'organisation du service public et la faute pour défaut de surveillance est généralement retenue. Le Conseil d'Etat retenait la théorie du risque spécial, seulement dans le cas des sorties à l'essai, qui interviennent pour un malade en hospitalisation sous contrainte. Ce dernier garde alors un lien juridique avec le service public hospitalier. Cette situation a récemment évolué suite à un jugement du Tribunal administratif de Pau<sup>532</sup>, à propos d'un patient en soins libres. Ce dernier a énoncé un considérant identique à celui issu de l'arrêt *Département de la Moselle*. Il a retenu la responsabilité sans faute d'un hôpital, en raison des dommages créés pendant une sortie autorisée et sous surveillance, par un patient en soins libres. A l'aune de cet exemple, il existe donc un espace jurisprudentiel important et aléatoire. Le juge pourra retenir dans certains cas le principe de droit commun prévu à l'article 414-3 du Code civil et la responsabilité du malade. Dans d'autres cas il retiendra la théorie du risque exceptionnel et la responsabilité sans faute de l'établissement. Les assureurs prennent en compte cette approche du juge et proposent des contrats spécifiques aux établissements spécialisés. Ils garantissent les établissements contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité à l'égard des tiers, à l'occasion de l'exercice de leur activité d'établissement spécialisé. Il s'agit de la responsabilité encourue du fait des activités de secteur, des séjours thérapeutiques, des activités organisées comme les sorties collectives ainsi que des activités d'ergothérapie. Ces contrats garantissent aussi la responsabilité relative aux programmes de soins, ainsi que les dommages matériels subis par l'établissement du fait des agissements des patients. Quel que soit le mode de placement des malades, la garantie peut être étendue à la réparation des dommages accidentels subis par les bâtiments et matériels du fait des agissements des malades hospitalisés. Ainsi, la Société d'assurance spécialisée au service des établissements de santé (SHAM)<sup>533</sup> propose un contrat intitulé « Responsabilité Civile Psychiatrique ».

Dans les cas où des établissements privés assurent une mission de service public, la Cour de cassation dégage les mêmes principes que le Conseil d'Etat. Cette jurisprudence concernant l'hospitalisation sous contrainte a précédé la loi et semblait perdurer malgré l'évolution législative de 1990 et de 2002. En effet, la loi de 1990 a prévu les sorties d'essai mais sans prévoir le régime de responsabilité. La loi du 4 mars 2002 dont l'indemnisation des préjudices, même en l'absence de faute, constituait un axe majeur, n'a rien précisé non plus. L'application de la responsabilité sans faute des hôpitaux psychiatriques et de l'Etat est basée sur des considérations de réadaptation des patients et d'apprentissage de la liberté. Cette jurisprudence s'applique lorsque l'activité de psychiatrie publique fait encourir un « risque spécial au tiers » et, de fait, elle va à l'encontre d'une application exorbitante du principe de précaution. Nous verrons que cette jurisprudence, tend à évoluer au profit de la responsabilité pour faute, consécutive au défaut de surveillance.

Si la jurisprudence admet le risque lié à la dangerosité, en revanche, le juge considère aussi le malade mental comme particulièrement vulnérable, nécessitant une protection particulière. Dans les faits, le personnel soignant doit être apte à prévenir et à éviter notamment les comportements suicidaires durant le séjour du patient à l'hôpital. Sur ce point précis, la jurisprudence est particulièrement complexe car elle examine la confrontation de deux droits fondamentaux. La liberté d'aller et venir et la protection de la santé sont deux droits majeurs qui se trouvent en contradiction. La jurisprudence affirme prioritairement et de manière constante que tout doit être mis en œuvre pour assurer la protection du patient en fonction de sa pathologie, de ses antécédents et des informations connues à son sujet. Il ne s'agit pas véritablement d'une obligation de résultat, mais le juge va examiner les preuves de diligence apportées par l'institution soignante avant de la dégager de sa responsabilité. Si le juge admet qu'une surveillance constante est impossible et reconnaît le risque spécial, notamment au regard du respect de la liberté d'aller et venir, il examinera cependant la réactivité des personnels face à une situation anormale. Dans ce domaine, le juge fixe une obligation renforcée de surveillance. Pour cela, il renverse la charge de la preuve d'une faute pour défaut de surveillance, en la faisant reposer sur l'établissement.

---

532 TA de Pau, 21 octobre 1986, *Dame Claridge*.

533 Société Hospitalière d'Assurances Mutuelles, <http://www.sham.fr/Vous-etes/Etablissement-public-de-sante/Etablissement-public-de-sante/2-Responsabilite-civile-psychiatrique>

A ce propos, la responsabilité de l'établissement retenue pour absence de fouille au corps, d'un patient suicidaire, constitue un problème particulier de confrontation de droits antagonistes. Ce cas de figure a fait l'objet d'une décision de la Cour administrative d'appel de Douai<sup>534</sup> qui mérite l'attention. Contre l'avis de l'expert, la juridiction a décidé que « [...] l'absence de fouille au corps d'une patiente en HDT s'étant brûlée avec le briquet dissimulé dans ses sous-vêtements, constituait une faute de service, entraînant la responsabilité de l'établissement ». Cette même Cour avait décidé l'inverse dans un cas similaire six ans auparavant. Outre la contradiction évidente, la juridiction de Douai a introduit l'absence de fouille au corps de patient suicidaire comme nouvelle faute de service. Ceci pose un réel problème car la seule référence juridique en matière de fouille au corps repose sur une jurisprudence de la Cour de cassation, du 22 janvier 1953, l'assimilant aux perquisitions. De fait, seuls les officiers de police judiciaire sont autorisés à y procéder. Les soignants n'ont aucune compétence en matière de fouille au corps. De plus, ils violeraient potentiellement l'article L.3211-3 du Code de la santé publique, exigeant le respect de la dignité de la personne hospitalisée pour troubles mentaux. Cette jurisprudence d'appel constitue un exemple des incertitudes qui pèsent sur le régime de responsabilité applicable dans ce domaine. La Cour de cassation<sup>535</sup> a rendu une décision en décembre 2012, permettant de clarifier les exigences, au regard de la surveillance particulière des malades mentaux présentant un risque suicidaire. Cette affaire concernait le suicide d'une patiente placée en chambre d'isolement. La Cour a ainsi rappelé que « l'obligation de surveillance incombant aux établissements psychiatriques est une obligation de moyens renforcée, qui doit être fonction de la pathologie du malade et de sa situation ». De plus, elle a relevé que certains patients « parviennent à feindre le calme pour mieux déjouer la surveillance ». En l'espèce, le placement en chambre d'isolement, avec « seulement un lit, des draps et une chemise de nuit, constituaient des moyens sérieux de prise en charge ». Enfin, « la surveillance de la patiente, qui n'avait pas à être permanente, avait été régulière et stricte ». Ainsi, « après avoir retiré les objets divers dangereux, les draps et la chemise de nuit, laissés à la patiente en isolement, dans une pièce fermée et aménagée, constituaient le minimum nécessaire au respect de la dignité humaine ». Dans ce cas, la contention aurait été abusive car réservée aux situations d'agitation, ce qui n'était pas le cas. Sur l'ensemble des éléments énoncés, la Cour n'a pas retenu la responsabilité fautive faute de négligence, d'inattention ou d'imprudence de l'établissement concerné. Cette décision est particulièrement éclairante, car elle rappelle une nouvelle fois le principe d'obligation de surveillance renforcée en établissement psychiatrique. Cependant, cette surveillance se doit d'être régulière et stricte, mais elle ne peut être constante. En l'occurrence, l'usage de la contention serait excessif et contraire au respect de la dignité humaine. Il appartient clairement au psychiatre de préciser les conditions de cette surveillance au regard de la pathologie du patient. Dans le même temps, la Cour intègre les conditions difficiles, de prévisibilité de passage à l'acte du patient. Enfin, l'établissement a dû apporter lors de l'instruction les preuves du bien fondé de sa prise en charge, rappelant ainsi les exigences de traçabilité.

---

534 CAA de Douai, 6 février 2007, n° 06DA00971, *CH de Denain*.

535 Cass, 1<sup>e</sup> ch. Civ, 13 décembre 2012, n°11-27616.



## **CHAPITRE 2. LA RÉFORME DE 1990 SOUMISE AU JUGE CONSTITUTIONNEL.**

L'évolution législative relative à la prise en charge des malades mentaux a connu de longues périodes de *statu quo*. C'est en particulier le cas pour la période de 1838 à 1990. Plusieurs personnalités politiques, minoritaires, réclamaient depuis longtemps la judiciarisation de l'internement psychiatrique. G. Clemenceau dès 1904, et F. Mitterrand<sup>536</sup> en 1976, soutenaient que l'autorité judiciaire avait seule le pouvoir de décider le placement d'un malade dans un établissement psychiatrique. Pourtant, malgré certaines avancées, la loi de 1990 continuait toujours à écarter la judiciarisation systématique de l'internement. Concrètement, les malades mentaux ont durablement souffert d'une discrimination, caractérisée par une inégalité devant l'accès à la justice au regard de la protection de leurs libertés individuelles. La loi du 5 juillet 2011 va apporter certaines réponses, mais reste un texte de qualité discutable. Pour mémoire, lors de l'examen de la loi du 4 mars 2002, le Conseil d'Etat a rendu un avis après quinze réunions interministérielles d'arbitrage et de très nombreuses réunions et concertations informelles. Il est regrettable que le Gouvernement n'ait pas jugé utile de solliciter le Conseil d'Etat dans le cadre de ses prérogatives, en vue de l'élaboration de la loi du 5 juillet 2011. Le texte aurait sans doute été de meilleure qualité, évitant les recours et censures successives du juge constitutionnel. Ici se pose la question de l'élaboration législative, que ce soit l'initiative ou la méthode. Comme le soulignait J-M. Sauvé, Vice-président du Conseil d'État<sup>537</sup>, vu l'article L.112-1 du Code de justice administrative, il appartient bien au Conseil d'État de participer à la confection des lois et ordonnances. Il soulevait à ce propos la différence notable de conception entre le Conseil d'État, pour qui la loi doit être pleinement normative, et le Gouvernement, pour qui la loi est avant tout un instrument juridique de mise en œuvre d'une politique.

### **SECTION 1. LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ (QPC) : LE CONTRÔLE DE LA LOI À L'INITIATIVE DU JUSTICIABLE.**

Jusqu'en 2010, le contrôle de constitutionnalité d'une disposition législative pouvait intervenir seulement *a priori* par « voie d'action », sur l'initiative éventuelle du législateur ou de certaines autorités politiques. Avant 2010, le législateur était considéré comme infaillible dans son travail législatif. L'évolution des institutions va permettre une intervention beaucoup fréquente du juge constitutionnel grâce à la Question prioritaire de constitutionnalité.

#### **§1. La Constitution de 1958 : la liberté individuelle, la loi et l'indépendance du juge.**

Pour les sages, l'exigence de clarté de la loi découle de l'article 34 de la Constitution définissant le domaine législatif comme l'attribution exclusive du législateur. Ils estiment qu'une disposition législative incompréhensible est inapplicable. Le Conseil constitutionnel utilise le principe de sécurité juridique au service de la clarté et de la normativité de la loi. Dans une décision du 12 janvier 2002<sup>538</sup>, les sages ont posé un considérant de principe repris dans toutes les décisions ultérieures du Conseil constitutionnel. L'article 34 impose au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution. Le principe de clarté de la loi découle de l'article 34, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi découle de la Déclaration de 1789. Ceci impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Ce principe vise à prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire. Ceci exclut de reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination relève de la loi<sup>539</sup>. La dégradation de la qualité de la loi a été dénoncée par les trois

---

<sup>536</sup> *Liberté, libertés. Réflexions du comité pour une charte des libertés*, animé et sous la direction de R. BADINTER, librairie l'étourdi, Paris 1976.

<sup>537</sup> Le droit des malades, 10 ans après La loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'État, colloque organisé par l'Institut du droit de la santé de l'Université Paris Descartes, la Chaire Santé de Sciences Po, l'EHESP et le LIRAES, lundi 5 mars 2012, intervention de J-M. SAUVÉ, Vice-président du Conseil d'État.

<sup>538</sup> CC, décision du 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC.

<sup>539</sup> CC, décision du 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC, cons. 13.

présidents des plus hautes juridictions françaises<sup>540</sup>. Le 21 janvier 2001, le vice-président du Conseil d'Etat, R. Denoix de Saint-Marc, soulignait que « pour frapper l'opinion ou répondre aux sollicitations des différents groupes sociaux, l'action politique (avait) pris la forme d'une gesticulation législative ». En janvier 2005, P. Mazeaud, alors Président du Conseil constitutionnel, dénonçait cette dégradation du travail législatif sous ses différentes formes et notamment le défaut de clarté et d'intelligibilité. Dans son discours, lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation, le Président Canivet allait dans le même sens en citant Portalis, selon lequel : « de bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir, elles sont la source des mœurs [...] et la garantie de toute paix publique et particulière ».

L'article 64 de la Constitution d'octobre 1958 dispose que l'indépendance de l'autorité judiciaire est garantie par le Président de la République et que les magistrats du siège sont inamovibles. Il prévoit de même que seule une loi organique porte statut des magistrats. Il appartient par ailleurs au législateur de concilier l'objectif de préservation de l'ordre public, avec « le respect des libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ». Le juge constitutionnel place la liberté d'aller et de venir et la liberté individuelle sur un même pied d'égalité. Il précise qu'au nombre des libertés publiques constitutionnellement garanties, figurent notamment la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir<sup>541</sup>. Il adopte le même raisonnement avec le droit au respect de la vie privée. Pour le juge constitutionnel, la liberté proclamée par l'article 2 de la DDHC de 1789 implique le respect de la vie privée<sup>542</sup> et l'inviolabilité du domicile<sup>543</sup>. Tout en réaffirmant ce principe de protection de la liberté individuelle, l'article 66 de la Constitution en confiait clairement la garde à l'autorité judiciaire<sup>544</sup>. Ce sont les magistrats du siège, et ceux du parquet<sup>545</sup> qui assurent le respect de la liberté individuelle, en vertu de l'article 66 de la Constitution. Cependant pour la CEDH, au sens de l'article 5-3 de la Convention européenne<sup>546</sup>, le parquet ne constitue pas un « juge ou un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». La CEDH considère qu'en France, du fait de leur dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif, les membres du parquet ne remplissent pas l'exigence d'indépendance indispensable au magistrat<sup>547</sup>. Pour sa part, en réaffirmant que la garde de la liberté individuelle est confiée à l'autorité judiciaire, le Conseil constitutionnel<sup>548</sup> affirme que celle-ci doit en assurer la sauvegarde sous tous ses aspects<sup>549</sup>. Par ailleurs et toujours selon le juge constitutionnel, l'article 66 implique que lorsqu'un magistrat gardien de la liberté individuelle prend une décision juridictionnelle de mise en liberté d'une personne, celle-ci s'applique, y compris dans l'attente de la décision du juge d'appel. Il est cependant possible que le parquet fasse appel de cette décision et demande, en cas de menace grave pour l'ordre public, que le recours soit suspensif. Cet appel suspensif ne peut être prononcé que par un juge du siège qui, dans le délai le plus bref, appréciera si l'individu constitue bien une menace grave pour l'ordre public<sup>550</sup>. Dans le cadre des QPC, relatives aux modalités d'internement psychiatrique, les sages ont précisé plusieurs dispositions. Tout d'abord, pour le juge constitutionnel, un allongement limité du délai accordé au parquet est sans incidence sur la constitutionnalité de la mesure<sup>551</sup>. L'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, mais cela ne signifie pas qu'elle doive être saisie, préalablement à toute mesure de privation de liberté<sup>552</sup>.

540 Exposé par M. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, membre du Conseil constitutionnel, à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats brésiliens, 20 septembre 2005.

541 CC, décision du 16 juin 1999, n° 99-411 DC et du 18 janvier 1995, n° 94-352 DC.

542 CC, décision du 23 juillet 1999, n° 99-416 DC et du 21 décembre 1999, n° 99-422 DC.

543 CC, décision du 13 mars 2003, n° 2003-467 DC.

544 CC, décision du 12 janvier 1977, n° 76-75 DC.

545 CC, décision du 11 août 1993, n° 93-326 DC ; décision du 20 novembre 2003 n°2003-484 DC ; décision du 30 juillet 2010 n° 2010-14/22 CC, décision du 17 décembre 2010, n° 2010-80 QPC ; CC, décision du 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC.

546 CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev c / France* : Req n° 3394/03 ; 23 novembre 2010, *Moulin c / France*, Req n° 37104/06 ; Cass Crim, 15 décembre 2010, Bull. crim n° 207.

547 CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c / France*, Req n° 37104/06.

548 CC, décision du 12 janvier 1977, n° 76-75 DC.

549 CC, décision du 29 décembre 1983, n° 83-164 DC.

550 CC, décision du 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC.

551 CC, décision du 9 juin 2011, n° 2011-631 DC.

552 CC, décision du 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; décision du 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC ; décision du 6 oct. 2011, n° 2011-174 QPC.

Toutefois, dans ce cas les sages précisent qu'au-delà d'une certaine durée, c'est l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, qui doit intervenir impérativement<sup>553</sup>.

L'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Il est donc clair que toute disposition mettant en jeu l'exercice des libertés individuelles est une compétence exclusive du législateur. C'est aussi le cas de la conciliation de droits et libertés, qui viennent en conflit et qui génèrent une réserve de loi. Le domaine de la loi prévu à l'article 34 est précisé par l'article 37 de la Constitution, qui définit le domaine du règlement et la compétence de principe attribuée au pouvoir exécutif. Le juge constitutionnel inclut l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis dans la réserve de loi. Les sages considèrent que l'exercice des libertés et la protection des droits fondamentaux constituent une matière dans laquelle seul l'organe législatif peut intervenir. Dans ce domaine, ce dernier ne peut renvoyer ces prérogatives ni au juge, ni à l'administration ou aux autorités indépendantes. Si toutefois le législateur n'exerce pas sa compétence intégrale, il se situe alors en incompétence négative et se voit sanctionné par le juge constitutionnel.

L'article 61-1 de la Constitution a instauré la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) par la loi organique du 10 décembre 2009<sup>554</sup>. Si, « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé », la particularité de l'article 61-1, introduit par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, est d'instaurer *a posteriori*, un contrôle de constitutionnalité des lois déjà en vigueur. La saisine du Conseil constitutionnel n'est plus réservée seulement à des autorités politiques puisque tout justiciable peut désormais invoquer la QPC. Concrètement, le juge devant lequel le procès se déroule, doit vérifier que la disposition législative critiquée est applicable au litige et que le Conseil constitutionnel ne l'a pas déjà jugée conforme à la Constitution. La question doit de plus avoir un caractère sérieux apprécié par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Dans l'affirmative, la question est renvoyée au Conseil constitutionnel qui détermine si la loi est conforme ou non aux droits et libertés garantis par la Constitution. Le juge à l'origine de la QPC doit enfin tirer les conséquences de la décision des sages sur le litige dont il est saisi.

En mars 2011, le président du Conseil constitutionnel J-L. Debré a dressé un premier bilan de l'application de l'article 61-1 de la Constitution<sup>555</sup>. Selon ce dernier, la QPC a permis des progrès dans la protection des droits et libertés et cela sans mettre en cause la sécurité juridique. Notamment, « Le Conseil constitutionnel a rendu d'importantes décisions, abrogeant des dispositions législatives contraires aux droits et libertés constitutionnellement garantis [...]. Ces décisions ont porté sur la protection de la liberté individuelle [...] ». A cette occasion, J-L. Debré a tiré trois enseignements essentiels. Tout d'abord, « la QPC renforce le Parlement. Si la loi est contraire à la Constitution, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'opérer des choix à la place du législateur. Il lui appartient au contraire de s'en tenir à son seul rôle de juge et, le cas échéant, de donner le temps nécessaire au Parlement pour légiférer [...] ». Ensuite, « le Conseil constitutionnel [...] a trouvé sa nouvelle place. Il est la juridiction chargée en France de statuer sur la conformité de la loi à la Constitution et de protéger les droits et libertés constitutionnellement garantis [...] ». Enfin, « Cette révision constitutionnelle constitue bien à l'évidence une avancée majeure pour la protection des droits et libertés<sup>556</sup> ». A ce propos, en un an d'application, la QPC a permis de censurer plus de lois que depuis le début de la Ve République en 1958. C'est bien d'une révolution juridique dont il s'agit, qui vient compléter la possibilité de saisine de la CEDH par les particuliers.

---

553 CC, décision du 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; décision 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC.

554 Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. JORF n°0287 du 11 décembre 2009 page 21379 texte n° 1.

555 Discours de J-L. DEBRÉ au Conseil constitutionnel le 1er mars 2011.

556 CARCASSONNE. G et DUHAMEL. O, *QPC*, éditions Dalloz, 2011.

En définitive, cette réforme constitutionnelle permet en premier lieu à tout justiciable d'invoquer devant le juge qu'une loi porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution<sup>557</sup>, notamment les droits définis par la DDHC et le Préambule de la Constitution de 1946. Si le justiciable obtient une réponse se traduisant par une décision de censure, la disposition est alors écartée dans le procès qui le concerne. Ensuite, la disposition législative est abrogée immédiatement ou à compter d'une date ultérieure fixée par les sages. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont alors susceptibles d'aucun recours puisqu'elles ont l'autorité de la chose jugée. Le cas échéant, le justiciable demandeur bénéficie dans tous les cas de l'abrogation de la norme par le Conseil constitutionnel, sans considération de délai.

## **§2. Les censures du juge constitutionnel antérieures à la promulgation de la loi du 5 juillet 2011.**

Deux décisions relatives aux soins sans consentement sont appliquées depuis le 1er août 2011 conformément à deux décisions du Conseil constitutionnel de novembre 2010 et juin 2011. Cette application fut différée en conformité avec l'article 62 de la Constitution, dans la mesure où la mise en œuvre immédiate aurait eu des « conséquences manifestement excessives ». Ces deux décisions en question n'ont pas été envisagées par le Gouvernement, alors qu'elles auraient dû pourtant constituer les piliers de la réforme. Il est regrettable à ce propos que la question du rapport entre la psychiatrie et le droit n'ait pas été envisagée d'emblée par les pouvoirs publics. Dans la décision du 26 novembre 2010, relative aux soins psychiatriques, le Conseil constitutionnel a tout d'abord rappelé les dispositions du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, relatives au droit à la protection de la santé. Le Préambule fixe un objectif de santé publique<sup>558</sup> et un motif d'intérêt général. Il donne ainsi compétence au législateur pour limiter certains droits et libertés constitutionnellement garantis<sup>559</sup>. Il fixe également une exigence constitutionnelle relative à la protection de la santé<sup>560</sup>. Le Conseil a rappelé la compétence du législateur conférée par l'article 34 de la Constitution, pour fixer les règles, concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens, pour l'exercice des libertés publiques. Ce dernier ne doit pas priver pas de garanties légales des exigences constitutionnelles. En l'occurrence, le Conseil a rappelé la prohibition de la détention arbitraire, ainsi que la mission de gardienne de la liberté individuelle, confiée à l'autorité judiciaire par l'article 66 de la constitution. Les sages ont enfin réaffirmé le principe dit « de rigueur nécessaire » qui impose que les dispositions relatives à l'hospitalisation sans consentement n'apportent aux droits et libertés constitutionnellement garantis que des restrictions « adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi ».

La décision du Conseil constitutionnel du 26 novembre 2010<sup>561</sup> a instauré le contrôle systématique du juge, sur les mesures de soins psychiatriques sans consentement, en hospitalisation complète. Cette décision a constitué une véritable « révolution » pour la psychiatrie. Elle a mis un terme à l'internement psychiatrique administratif qui constituait le dernier vestige de l'Ancien régime toujours présent dans notre droit interne. A contre courant de l'évolution sécuritaire en cours, elle renvoie aux fondements républicains et au principe de respect et de protection des libertés individuelles. C'est le Cercle de réflexion et de proposition d'actions pour la psychiatrie (CRPA) qui a été à l'initiative de la QPC amenant cette censure constitutionnelle. Cette association regroupe des patients, des parents de patients et des professionnels mobilisés contre l'arbitraire psychiatrique. Cette décision du 26 novembre 2010 concernait des maintiens de patients, en hospitalisation contrainte, sur demande d'un tiers. Elle a contraint le Gouvernement à judiciariser partiellement le dispositif de l'internement psychiatrique. Elle a également eu un effet sur le propre fonctionnement des sages au regard du principe contradictoire. En effet, désormais l'intéressé qui est à l'initiative de la QPC, doit être invité à présenter des observations

---

557 BARBIER. C, « QPC : la loi qui a révolutionné la justice », L'Express, 16 mai 2011.

558 Décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, cons. 23 et 24.

559 Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons 7 et 8.

560 Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, cons. 6, 15 et 19.

561 CC, décision du 26 novembre 2010, n° 2010-71 DC.

orales à l'audience. Ces règles d'audience publique ont été insérées par la suite dans le règlement intérieur du Conseil constitutionnel. Grâce à la QPC, alors qu'il était informel, dans le cadre du contrôle *a priori*, le principe du contradictoire a été formalisé dans le procès constitutionnel grâce au contrôle *a posteriori*<sup>562</sup>. Dans l'affaire qui nous intéresse c'est Me C. Vaillant qui représentait le CRPA. Elle a soutenu que les dispositions législatives relatives aux hospitalisations sans consentement portaient atteinte aux droits et libertés garantis par la DDHC de 1789 et par la Constitution du 4 octobre 1958. Précisément, l'avocate a rappelé l'article 7 de la DDHC, disposant que « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi », ainsi que l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, garantissant également que « nul ne peut être arbitrairement détenu ». L'avocate a rappelé que l'intervention du juge comme garant des libertés s'appuie sur plusieurs décisions antérieures des sages. Le Conseil Constitutionnel a établi du 12 janvier 1977, à propos des la fouille des véhicules, qu'en premier lieu, « la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République ». Le juge constitutionnel a de plus rappelé que « l'article 66 de la Constitution, en réaffirmant ce principe, en confie la garde à l'autorité judiciaire ». Les sages ont également confirmé ce rapport étroit, entre défense de la liberté individuelle, et rôle du juge judiciaire par une décision de 1980<sup>563</sup>. Le Conseil a précisé à cette occasion que « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ». Selon les conclusions de Me Vaillant, le juge judiciaire doit intervenir systématiquement chaque fois qu'est concernée la liberté individuelle, quelle que soit la nature de la décision ayant amené cette privation de liberté. Complétant sa plaidoirie par analogie avec la procédure pénale, Me Vaillant a de plus rappelé que la privation de liberté, dans le cadre d'une mesure de garde à vue, n'échappait pas au principe<sup>564</sup>. En effet, les sages ont validé le fait que la prolongation de garde à vue soit décidée par le président du tribunal au delà de quarante-huit heures. Enfin, dans une décision de 1993<sup>565</sup>, le Conseil Constitutionnel a validé le principe du placement en garde à vue par l'officier de police judiciaire, mais seulement « dans la mesure où l'autorité judiciaire est immédiatement avertie et que cet avertissement place le déroulement sous son pouvoir de contrôle ». Le 30 juillet 2010<sup>566</sup>, le Conseil a réaffirmé le principe d'intervention du juge. Il a précisé qu'au-delà de quarante-huit heures de privation de liberté, l'article 66 de la Constitution impose que la privation de liberté soit placée sous le contrôle d'un magistrat du siège. C'est cette argumentation exhaustive de Me Vaillant qui a convaincu les juges constitutionnels, les amenant à la décision du 26 novembre 2010. A cette même date, le Conseil constitutionnel s'est également prononcé sur la compétence des établissements de santé privés en matière de soins psychiatriques contraints. Il a jugé qu'aucune règle, ni aucun principe constitutionnel, ne s'oppose à ce que la mission d'accueillir des personnes hospitalisées sans leur consentement soit confiée à des établissements privés. Pour les sages, cette mission de santé publique ne peut être assimilée à la mission pénitentiaire, ou à la surveillance des personnes en rétention. Nous reviendrons plus tard sur cet aspect discutable.

Dans la QPC qui nous intéresse, la requérante contestait précisément les conditions de l'hospitalisation à la demande d'un tiers, ainsi que le respect insuffisant des droits des personnes hospitalisées sans leur consentement en général, que se soit sur demande d'un tiers ou d'office. Elle dénonçait l'atteinte à la liberté d'aller et venir, ainsi qu'une atteinte au droit à la sûreté et à l'inviolabilité du corps humain. Outre l'article 66 de la Constitution, la QPC soutenue invoquait les termes de l'article 16 de la DDHC relatif à la séparation des pouvoirs. La QPC invoquait de même une rupture d'égalité entre les citoyens au vu de l'article 6 de la DDHC, disposant que la loi se doit d'être la même pour tous, qu'elle protège ou qu'elle punisse. Par comparaison avec la procédure pénale, la QPC démontrait que les

---

562 NICOT. S, *Le Conseil constitutionnel face à ses contradictions*, RDLF 2011, chron. n°13.

563 CC, décision 09 janvier 1980, n° 79-109 DC. Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration.

564 CC, décision du 20 janvier 1981, n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, relative à la loi « sécurité et libertés ».

565 CC, décision du 11 août 1993, n°93-326, 3e considérant. Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale.

566 CC, décision du 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue].



personnes suspectées d'avoir commis une infraction, placées en garde à vue et privées de liberté, bénéficiaient de garanties et de droits qui étaient dans le même temps refusés à des personnes souffrant de troubles mentaux et soignées en service fermé. Les sages ont considéré qu'il revient au législateur une obligation de conciliation. Ils doivent prendre en compte la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux, mais également la prévention des atteintes à l'ordre public, elle-même nécessaire à l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Pour les sages, les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent impérativement répondre aux exigences classiques de proportionnalité aux objectifs poursuivis. Ils ont donc opéré une distinction entre les conditions d'admission et le maintien de l'hospitalisation. Le Conseil constitutionnel a rappelé les dispositions de l'article 66 de la Constitution, mais tout en prenant en compte le contexte pathologique. En effet, il a considéré que le maintien sans contrôle du juge judiciaire au delà de quinze jours d'hospitalisation sans consentement ne respectait pas les dispositions de l'article 66 de la Constitution. Selon les termes de la décision du 26 novembre 2010, « [...] en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention [...] de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L.3212-7 du CSP méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution ». Si les sages ont admis un délai d'intervention pour le juge, compte tenu du contexte pathologique, ils ont toutefois rappelé que « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ». En l'occurrence, le délai de quinze jours se justifie par la prise en compte des motifs médicaux et des finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté. En conséquence, le Conseil constitutionnel a donc déclaré contraire à la Constitution, la prolongation d'hospitalisation au quinzième jour au vu seulement d'un certificat médical. A propos du principe consacrant l'autorité judiciaire comme gardienne des libertés individuelles, les sages se sont appuyés sur les jurisprudences antérieures de 1990<sup>567</sup>, de 1992<sup>568</sup> et de 2008<sup>569</sup>. Il semble également que les sages aient pris en compte les dispositions particulières appliquées spécifiquement en Nouvelle-Calédonie jusqu'en 2008. Le décret *Moutet*<sup>570</sup> du 30 décembre 1936, appliqué en Nouvelle-Calédonie, imposait l'intervention du juge dans les quinze jours qui suivaient l'admission en soins sans consentement. Dans sa décision, c'est un délai identique que le Conseil constitutionnel a retenu. Les sages ont tenu à rappeler, qu'indépendamment du contrôle systématique, la personne hospitalisée sans consentement ou toute personne agissant dans son intérêt, disposait toujours du droit de saisir à tout moment le juge des libertés et de la détention en vue de sortie immédiate<sup>571</sup>. Le Conseil constitutionnel a formulé de plus une réserve majeure, rappelant que le juge judiciaire statue impérativement sur la demande de sortie immédiate à « brefs délais ». En conclusion, le Conseil constitutionnel a différé au 1er août 2011 la prise d'effet de cette déclaration d'inconstitutionnalité en invoquant l'article 62 de la Constitution. Ce report d'abrogation de la disposition, censurée au 1er août 2011, est discutable, dans la mesure où les libertés individuelles étaient en jeu. La décision de différer la mise en place du contrôle par le juge, sous prétexte de sécurité juridique, paraissait critiquable. Ce maintien provisoire d'inconstitutionnalité, a porté gravement atteinte à la sûreté et à la liberté des patients concernés pendant les huit mois de délai. En l'espèce, le juge constitutionnel a considéré que les « conséquences excessives » étaient relatives aux procédures, donc à la forme, au détriment de la protection de la liberté des personnes, et donc au fond.

A propos du respect de la dignité de la personne, dans la décision du 26 novembre 2010 le Conseil a répondu à la question du respect des droits d'une personne hospitalisée de la même façon qu'il a examiné la situation des personnes gardées à vue. Il a notamment rappelé la portée constitutionnelle

---

567 CC, décision du 09 janvier 1980, n° 79-109 DC. Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration.

568 CC, décision du 25 février 1992, n° 92-307 DC. Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

569 CC, décision du 21 février 2008, n° 2008-562 DC. Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

570 Décret n° 772 du 30 décembre 1936 organisant le traitement et la garde des personnes atteintes d'affection mentale en Nouvelle-Calédonie.

571 Art L 3211-12 du CSP.

du principe déjà énoncé, de dignité de la personne<sup>572</sup>. Ainsi, le Code de la santé publique pose les fondements d'un traitement des personnes hospitalisées sans leur consentement dans le respect de leur dignité et de leurs droits. Le CSP confie aux professionnels de santé et à de nombreuses autorités administratives et judiciaires le soin de veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives, au respect de la dignité de la personne hospitalisée. La loi prévoit également la répression pénale des éventuels manquements à ce principe. Dès lors, la méconnaissance éventuelle de ces exigences dans l'application de ces dispositions ne rend pas pour autant la disposition contestée inconstitutionnelle.

En réaction, G. Baillon<sup>573</sup> a salué et tempéré à la fois la portée de cette décision. Pour lui, « la vraie question, celle qui prime tout et qui est occultée par ce débat, est l'élaboration d'un plan de santé sur la psychiatrie permettant de former suffisamment des hommes et de les mettre à disposition de la population [...] pour qu'ils soient « au service de tous » et apaisent ensemble, avec leur entourage, leurs souffrances psychiques ». Pour la juge I. Rome<sup>574</sup>, l'avis du Conseil constitutionnel de novembre 2010 résonnait comme un rappel à l'ordre. Il replaçait effectivement le juge au cœur de sa mission de protection des libertés individuelles. Elle considérait que l'arrivée du juge devait notamment permettre de mieux travailler sur l'accueil et l'information des patients. Selon elle, ces derniers devaient « avoir droit à une application irréprochable du droit, respectueuse de la dignité de chacun ». L. Wetzel, ancien maire de Sartrouville<sup>575</sup>, préconisait une vision plus ambitieuse que la décision des sages. Victime d'un internement arbitraire, ce dernier militait pour une intervention immédiate et exclusive du juge. Il expliquait « que, si un juge avait été saisi de (son) arrestation par la police dans la nuit du 18 juin 1995, il (l)'aurait fait libérer sur-le-champ et le cours de (son) sort, celui aussi de (ses) proches en eussent été changé ». C'est pourquoi il demandait que le projet de loi prévoie l'intervention immédiate du juge des libertés et de la détention, conformément à ce qui se pratique dans la plupart des pays européens. En effet, en Espagne, RFA, Pays-Bas, Belgique notamment, non seulement le contrôle judiciaire existe tout au long de l'internement mais une décision judiciaire préalable est également nécessaire.

Les exigences du Conseil constitutionnel, saisi pour les hospitalisations à la demande d'un tiers sur la base de l'article 66 de la constitution, sont évidemment transposables aux hospitalisations d'office sur décision du représentant de l'Etat. La décision du Conseil constitutionnel du 26 novembre 2010 concernait les hospitalisations sur demande d'un tiers, mais le législateur a étendu l'intervention du JLD, aux hospitalisations d'office, dans la nouvelle loi. Le législateur a anticipé à cette occasion la décision du Conseil constitutionnel du 9 juin 2011<sup>576</sup>, concernant cette fois les hospitalisations d'office. Selon un raisonnement identique, l'article L.3213-4 du CSP qui permettait le maintien de l'hospitalisation d'office, au-delà de quinze jours, sans intervention du juge judiciaire, méconnaissait également les exigences de l'article 66 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a logiquement déclaré contraires à la Constitution les dispositions des articles L.3213-1 et L.3213-4 du CSP car elles ne prévoyaient pas un contrôle judiciaire suffisant des hospitalisations d'office. Dans le cas où le certificat médical de vingt-quatre heures suivant l'admission en hospitalisation d'office, ne confirmait pas que l'intéressé devait faire l'objet de soins en hospitalisation, l'article L.3213-1 du CSP dans sa version ancienne, ne prévoyait aucun réexamen de la situation de la personne qui permette de confirmer que l'hospitalisation d'office était nécessaire. Les sages ont jugé que l'absence d'une telle garantie ne garantissait pas les critères de nécessité et de proportionnalité de l'hospitalisation d'office, au regard de l'état du malade, tout comme à la sûreté des personnes ou à la préservation de l'ordre public. L'article L.3213-1 du CSP a été déclaré dans son ensemble contraire à la Constitution et le Parlement s'est alors trouvé dans l'obligation de prendre en compte la déclaration d'inconstitutionnalité. Le nouvel article L.3213-9-1 du CSP introduit à cette occasion, par amendement et à l'initiative du Gouvernement, prévoit que si le

---

572 CC, Décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, cons. 3 ; CC, Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres (garde à vue), cons. 26.

573 BAILLON, G., « Le Conseil Constitutionnel a mis en question la loi de 1990, source d'abus. Enfin ! », Médiapart, 30 novembre 2010.

574 ROME, I., juge des libertés et de la détention, vice-présidente du TGI de Pontoise. « Le juge et les malades mentaux : protéger ou punir? » 31 mai 2011, *Lemonde.fr*

575 « Témoignage de Laurent Wetzel sur son internement arbitraire de juin 1995 », (CRPA). 22 mai 2011, <http://goo.gl/g0ytk>

576 CC, Décision n° 2011-135/140 du 09 juin 2011.

préfet décide de maintenir l'hospitalisation d'office contre l'avis d'un psychiatre de l'établissement d'accueil, un deuxième avis médical doit être établi dans les soixante-douze heures par un autre psychiatre. Si ce second avis conclut à l'absence de nécessité de l'hospitalisation complète, le représentant de l'Etat doit prononcer la mainlevée de la mesure. Cette dernière disposition très importante et conforme à la décision des sages, vient rééquilibrer les pouvoirs entre psychiatre et préfet et constitue une avancée significative par rapport aux anciennes dispositions de la loi du 27 juin 1990. Ainsi, le préfet se trouve désormais positionné en compétence liée aux avis des psychiatres et cette disposition ne confère plus de suprématie aux considérations d'ordre public. Cette modification consécutive à la décision des sages est fondamentale et représente également une réelle avancée. Elle constitue un argument solide et objectif face aux détracteurs inconditionnels de la loi du 5 juillet. Elle est de plus complétée par une disposition nouvelle, puisqu'en cas de désaccord entre les deux psychiatres, c'est le juge des libertés qui est appelé à trancher. Ainsi, le « dernier mot » revient aux psychiatres, et c'est seulement en cas de désaccord entre eux que le juge est amené à prendre la décision. D'un point de vue technique, il est intéressant de noter que les sages ne se sont pas prononcés seulement au vu de l'article 66 de la Constitution comme le 26 novembre 2010. Ils l'ont fait également au regard du 11e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, de l'article 34 de la Constitution et des articles 2 et 4 de la DDHC. A cette occasion, les sages ont utilisé plus largement l'ensemble des dispositions du bloc de constitutionnalité. Ils ont ainsi démontré une montée en puissance de l'influence et de la légitimité de leurs décisions suites aux QPC.

### §3. Les conséquences sur la réforme.

Dans sa décision du 9 juin 2011, le Conseil constitutionnel a désavoué nettement et pour la seconde fois, la volonté d'enfermer sans contrôle les malades mentaux. Cependant, il s'est contenté de souligner la non-constitutionnalité de certaines dispositions déjà prévues dans la loi de 1990. Le contrôle automatique du juge sur les mesures de soins psychiatriques décidé par les sages a d'ailleurs suscité la méfiance du Gouvernement, par la voix du ministre de la justice M. Mercier. Celui-ci ne souhaitait pas « faire jouer au juge le rôle de l'autorité administrative ou de médecin ». C'est d'ailleurs fort de cet argument, que le Gouvernement a refusé l'intervention du juge pour les soins ambulatoires sous contrainte. A vrai dire, hormis l'apport amené par les sages, le seul progrès significatif a été l'œuvre des sénateurs qui ont prévu l'unification du contentieux de l'internement. Ils ont ainsi mis fin à l'éclatement entre juridictions judiciaires et administratives et par conséquent permis un meilleur accès au juge..

Concernant les moyens nécessaires à mettre en œuvre<sup>577</sup> en lien avec la judiciarisation, la secrétaire d'Etat N. Berra a indiqué qu'il n'y aurait pas de moyens supplémentaires pour les professionnels de santé. Elle a argumenté sa position en précisant qu'au-delà de l'inégale répartition sur le territoire, des moyens supplémentaires n'étaient pas nécessaires. Selon elle, en limitant l'hospitalisation complète, cela permettait un transfert vers les soins ambulatoires. Cette vision ministérielle signalait en fait une certaine méconnaissance des situations concrètes. Les sénateurs d'opposition ont combattu le texte gouvernemental en utilisant des moyens de droit et certains moyens de fond soulevés par le CRPA mais le projet de loi a été finalement voté sans modification. Pour l'opposition, S. Blisko a déploré « un texte inapplicable et voué à l'échec », tout comme M. Dolez qui anticipait un contentieux inextricable et pressentait de prochaines censures du texte. Tactiquement, les parlementaires d'opposition n'ont pas saisi le Conseil constitutionnel *a priori* à la demande de certaines associations. En effet, le CRPA a souhaité cette absence de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel de manière à poursuivre la bataille juridique par la multiplication de QPC.

---

577 « Effectifs en psychiatrie: pas de moyens en plus prévus avec la réforme des soins sans consentement, indique Nora Berra », (APM), Paris, 15 avril 2011.

La Commission nationale consultative des droits de l'homme<sup>578</sup> (CNCDH) est une instance officielle. Elle est chargée de conseiller le Gouvernement et de formuler des propositions dans le domaine des droits de l'homme, du droit international humanitaire et de l'action humanitaire. Amenée à se prononcer à propos des soins psychiatriques sans consentement, la CNCDH a considéré que, outre la liberté d'aller et venir, pour ces malades comme pour tout malade, le droit à la sûreté et l'inviolabilité du corps humain sont des composantes d'une liberté individuelle à laquelle toutes les garanties doivent être apportées. Le juge constitutionnel a été appelé à statuer sur le « plus court délai possible » d'intervention du juge judiciaire, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution. Cependant, pour la commission le délai de quinze jours, retenu par les sages en matière de soins psychiatriques sans consentement, peut sembler particulièrement long. La commission a considéré plus opportun de faire intervenir le contrôle du juge dès la décision initiale d'hospitalisation et non pas simplement *a posteriori*. La CNCDH a recommandé mais sans être entendue, que la réforme s'en tienne, dans un premier temps, à ce qui était exigé à l'horizon du 1er août 2011, par le Conseil constitutionnel. Elle souhaitait que la concertation se poursuive sur les autres points.

## **SECTION 2. LES DROITS DU PATIENT : REFUS DE SOINS ET SOINS SANS CONSENTEMENT.**

La relation médecin malade était historiquement basée sur un rapport d'autorité. Selon Hippocrate, le malade est un ignorant qui doit se soumettre au médecin qui détient le savoir. Cette approche s'appuie, de plus, sur la perturbation supposée du jugement du patient, en lien avec son affaiblissement. L'autorité du médecin reposait de même sur un langage ésotérique impressionnant et maintenant le patient dans l'ignorance. Le pouvoir médical face à la maladie mentale est toujours exorbitant en France. Sous prétexte que la personne malade est incompétente, ce dernier dispose du droit d'imposer un traitement de façon coercitive au patient qui n'accepte pas le traitement prescrit « pour son bien ». L'hospitalisation est alors assortie d'une médicalisation contrainte s'appuyant sur la loi. En effet, les textes disposent, que l'état du patient « impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante [...] ». Il n'est toujours tenu aucun compte d'une fluctuation de la capacité à consentir dans le temps. Une réflexion aurait pu porter sur les différents degrés de consentement et sur le consentement obtenu par anticipation. Le principe du mandat de protection future ou la logique des directives anticipées, auraient pu être explorés à cette occasion. Ce dispositif existe en effet en Suisse sous la forme d'un « testament psychiatrique ». Cependant il ne résout pas le problème de l'étendue ni de la durée de validité d'un consentement anticipé. A ce propos, le professeur X. Bioy<sup>579</sup> relève que le Conseil constitutionnel tend à confondre la question de la privation de liberté et celle des soins. Ainsi, selon le Conseil, « la Constitution ne s'oppose pas à ce que la société soigne un individu lorsque son consentement est aboli ». Il s'agit là pourtant d'une idée qui n'est désormais plus admise lorsqu'il s'agit de soins somatiques. Pour l'universitaire toulousain, en présence de troubles mentaux, le principe selon lequel l'abolition du consentement justifie que les soins soient apportés n'est guère contestable. Mais dans ce cas, cela nécessiterait un étayage plus solide « au regard du principe de dignité ». Une dérogation à l'article 16-1 du Code civil, relatif au respect du corps humain, doit s'apprécier également à l'aune de l'article 3 de la Convention européenne. Cette atteinte peut effectivement être constitutive de traitements inhumains ou dégradants.

### **§1. La singularité des soins psychiatriques : une focalisation sur les soins sans consentement.**

Le terme de consentement apparaît en 1947 à l'article n°1 du Code de Nuremberg, puis il ne réapparaît qu'en 1988 en droit interne avec les lois Huriet. En 1994, les lois de bioéthique introduisent le principe du consentement aux articles 16 et suivants du Code civil. De manière générale en médecine, il s'agit pour le patient de consentir à ce que le savoir de la science s'exerce en actes sur sa personne. Ce

578 Loi n°2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme. JORF n°55 du 6 mars 2007 page 4215 texte n° 6.

579 BIOY. X, *L'inconstitutionnalité du régime de l'hospitalisation d'office*, CE, 6 avril 2011, n° 346207, M. Abdellatif A ; Civ. 1re, 8 avr. 2011, n° 10-25.354, AJDA 2011. 822; *ibid.* 822 ; D. 2011. 1137, et les obs.; CE, 27 mai 2011, n° 330267, Kupferstein (Mme), Lebon; AJDA 2011. 1116 ; C C, 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC, Constitutions, 2011 p. 400.

savoir, condition essentielle du consentement doit donc être homogène, sur et exhaustif. La recherche du consentement va alors dépendre de la relation du médecin avec le patient. Si ce consentement peut se concevoir comme formel ou ponctuel dans l'urgence, il doit évoluer par la suite vers l'adhésion. Face à la maladie mentale, la situation se complexifie puisque c'est le support du consentement qui est l'objet de troubles et de soins. Le patient doit comprendre ce qui est expliqué et l'intégrer à sa situation. Il doit pouvoir mémoriser l'information et l'intégrer, enfin il doit être capable de décider et de maintenir sa décision dans le temps. A titre d'exemple, si l'on se rapproche de la réalité des pathologies pour situer la difficulté, on peut constater que le paranoïaque délirant est interprétatif, car il est obnubilé par ce qu'il suppose une intention cachée de lui nuire. Le morcellement et la discontinuité du schizophrène dissocié ne lui permettent pas d'intégrer la proposition de soin qui lui est faite. Le mélancolique ou le dépressif majeur peut dissimuler volontairement au thérapeute les intentions suicidaires et présenter une pseudo-adhésion aux soins. L'information se doit d'être en principe loyale, claire, appropriée aux capacités de compréhension du malade, à sa culture et à sa condition. Elle doit être complète en ce qui concerne son état, les explorations et les soins envisagés. Toutefois, il est prévu par exception la possibilité de ne pas révéler certaines informations au patient. Cette relation singulière et complexe en psychiatrie exclue donc l'utilisation de procédures d'information standard à faire signer au patient. En revanche, cela renforce l'exigence de rencontres régulières et d'entretiens explicatifs entre le praticien et le patient. Le diagnostic et le pronostic déterminent le destin du patient et le traitement instauré constitue un pouvoir exercé sur ce dernier de manière plus ou moins coercitive. A ce stade se posera la question du traitement à mettre en place et de contraindre ou pas, selon que le praticien aura objectivé ou pressenti un risque pour le patient lui-même, les tiers ou l'ordre public. Le praticien va devoir alors apprécier les risques et bénéfices de la contrainte au regard du respect de la dignité du patient et de l'impact que pourra avoir la contrainte dans l'existence future du patient. Si l'on examine alors la relation entre le malade et le psychiatre au regard des vices du consentement tels que définis par le Code civil, l'erreur et le dol consistent à une déformation volontaire ou involontaire de l'information donnée au patient, remettant en cause son consentement éclairé. En revanche, la violence<sup>580</sup> à son égard peut se traduire par une contrainte morale exercée pour l'amener à accepter une situation de soins. Cette situation n'est pas marginale, au contraire, car certains praticiens n'ont pas directement recours à la contrainte mais la laissent « planer » dans le colloque singulier, sous forme de menace. Il s'agit bien alors d'une violence qui empêche le consentement d'être libre. Cette violence altère la liberté de consentement puisque le patient est une victime qui n'a plus le choix. Le vice du consentement réside alors dans la crainte inspirée par la violence qui prend dans ce cas l'aspect de menaces ou chantages pour inciter une personne à accepter les soins.

A l'occasion d'une journée de formation, organisée par le Syndicat des avocats français, le Dr M. Girard<sup>581</sup> a présenté une communication sur les effets indésirables des psychotropes. En préalable, le praticien a caractérisé les soins sous contrainte par le fait qu'ils écartent le droit fondamental du consentement informé. Le consentement informé, posé par l'article 16-3 du Code Civil, est un droit protégé par la Constitution et par la Convention européenne. La dérogation à ce principe repose, selon M. Girard, sur un fantasme qui lie « nécessité de soins » et certaines « atteintes à l'ordre public ». La médicalisation de l'écart à la norme fait du psychiatre un agent objectif du maintien de l'ordre. Elle repose aussi sur l'idée que la psychiatrie est une science à laquelle on pourrait se fier, qu'il s'agisse du diagnostic ou du traitement. Le praticien s'appuie sur les statistiques des affaires criminelles où une pluralité d'experts est consultée, mais dans lesquelles le taux de désaccord entre eux atteint trente pour cent. M. Girard soutient que ce pourcentage d'incertitude peut être appliqué aux dizaines de milliers de personnes recevant des soins sans consentement. Il conteste également le postulat selon lequel « les traitements administrés seraient efficaces, le défaut d'observance étant le seul obstacle à l'incarnation de cette efficacité ». Il suffirait donc de contourner le libre-arbitre du patient pour obtenir l'efficacité promise par les traitements médicamenteux. Les soins sans consentement seraient contraires à un

---

580 Art 1112 du Code civil.

581 *Soins sous contrainte : les effets des traitements médicamenteux*, Communication du Dr Marc GIRARD, journée le 20/10/2012 intitulée « Avocats et magistrats face à la complexité psychiatrique ».

principe fondamental, mais administrés pour le bien du patient et celui de l'entourage, ce dernier étant menacé par le manque d'observance du traitement. Cependant après examen, selon le praticien, il s'avère que les traitements administrés ne sont pas forcément efficaces et que leur tolérance est problématique. Leur administration forcée peut être assimilée à une mutilation forcée, voire une menace de mort. Le Dr Girard pose donc la question de contraindre un sujet à des soins dont la conséquence est une véritable mutilation pouvant même représenter un risque vital. Il s'appuie pour cela sur une étude finlandaise<sup>582</sup> qui démontre que les psychotiques ont un risque multiplié (x2,5) de mourir prématurément. Dans leurs conclusions, les auteurs de l'étude en question affirment la nécessité d'évaluer l'influence des neuroleptiques dans cette lourde surmortalité. De la même façon, une étude menée en 2006<sup>583</sup>, à l'échelle de l'Angleterre et du Pays de Galles, met en évidence chaque année plus de quarante morts inexplicables dans les services de psychiatrie. Elle considère que les neuroleptiques seraient l'une des causes de ces décès présentés comme évitables.

La question est de savoir si l'autonomie qui conditionne l'exercice des droits est présente dans des pathologies où dominent les atteintes du psychisme. Pour certains, l'affirmation des droits de l'homme en priorité, ne devrait pas menacer la santé du patient en le réduisant à sa citoyenneté. Tout ce qui renforce la citoyenneté du malade serait donc souhaitable, mais à condition que cela ne porte pas atteinte à la santé du citoyen. L'autonomie de consentement ne peut bien entendu s'entendre que si elle est sous-tendue par la compréhension. Cependant, qu'elle soit consécutive à des troubles cognitifs, délirants ou de l'humeur, la faculté de compréhension s'avère fluctuante et évolutive chez le malade mental. Consécutifs à une activité délirante, les troubles peuvent générer une interprétation déformante de l'information. Cette déformation de la compréhension peut aussi intervenir profondément en cas des troubles de l'humeur, que ce soit sur un versant dépressif ou en phase maniaque. Ces variations impliquent donc une information régulière et adaptée, s'inscrivant dans un processus temporel continu. La qualité de l'information en contenu et en fréquence s'avère être également une condition essentielle du consentement du patient. La qualité de ce lien entre information et consentement est une condition impérative du respect de l'autonomie et de la dignité. Dans le cadre spécifique de la psychiatrie, la question du consentement est fondamentale, puisqu'il est possible de passer outre et de contraindre aux soins. La capacité de compréhension et de mémorisation du patient devient alors déterminante, de même que sa capacité à prendre une décision et à la maintenir dans le temps. Les explications relatives aux troubles psychopathologiques et aux thérapeutiques sont en outre difficiles à comprendre par le patient. Le psychiatre doit les traduire dans les conditions de vie du patient et faire référence aux difficultés relationnelles qu'ils génèrent. La contrainte n'intervient qu'en dernier lieu, pour imposer des soins à un patient qui se révèle en définitive dans l'incapacité de comprendre ses troubles et par voie de conséquence de consentir aux soins. La contrainte relève donc de l'exception. Elle peut être admise, mais seulement dans les cas extrêmes, en présence de risques pour l'intégrité du patient, du fait de son comportement ou bien d'un danger pour les tiers, et seulement dans un contexte de pathologie psychiatrique. Dans ce cas, la contrainte induit un questionnement éthique pour le psychiatre qui se trouve seul juge du bien fondé de la mesure. Le respect de la dignité du patient devient une exigence renforcée si le consentement ne peut être obtenu. Ceci implique qu'en situation de contrainte, l'information doit être délivrée, puis reprise, autant de fois que nécessaire et en lien avec la faculté de compréhension du patient.

L'article L.3211-2 du CSP dispose toujours, dans sa dernière rédaction, qu'une personne faisant l'objet de soins psychiatriques avec son consentement pour des troubles mentaux est en soins psychiatriques libres. A ce titre, elle dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades soignés pour une autre cause. Certes, la situation semble claire, mais dans le même temps, l'article L.3222-1 prévoit un accueil dans un établissement spécialement autorisé en psychiatrie, chargé d'assurer la mission de service public. Ceci conformément aux dispositions de l'article L.6112-1 du CSP. Le malade mental est donc un malade pas tout à fait comme les autres. Il est

---

582 Joukamaa M et al. *Schizophrenia, neuroleptic medication and mortality*, Brit J Psychiatry, 2006 ; 188:122-7.

583 *Five year report of the national confidential inquiry into suicide and homicide by people with mental illness*, décembre 2006.

soigné dans un établissement spécialement habilité, selon une loi spéciale qui prévoit une exception au principe du consentement. En ce qui concerne la protection des libertés individuelles, indépendamment de la proclamation de principe des textes, il est très fréquent, y compris dans le cadre de l'hospitalisation libre, que le psychiatre instaure des restrictions de liberté, en accord avec le patient de manière négociée en colloque singulier. C'est le cas de la restriction de la liberté d'aller et venir pendant les premières heures ou les premiers jours d'hospitalisation, ou d'une restriction provisoire de visites autorisées. Il en va de même pour les objets personnels dangereux détenus par les patients qui peuvent être retirés dans un premier temps. Y compris lorsque le patient est consentant aux soins, des précautions peuvent s'imposer dans le cadre de l'obligation renforcée de surveillance prévue par la jurisprudence. C'est précisément ce régime jurisprudentiel constant de faute présumée pour défaut de surveillance, qui vient également limiter les libertés individuelles, y compris en soins libres. C'est notamment le cas face au risque suicidaire, comme l'a encore confirmé le Tribunal administratif de Marseille<sup>584</sup> le 22 novembre 2011. Ce dernier a considéré que le risque suicidaire avait été sous-évalué et que l'absence de mise en œuvre d'une surveillance particulière était constitutif d'une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'établissement de santé. La Cour administrative d'appel de Marseille<sup>585</sup> a également réaffirmé que la surveillance des patients en service de psychiatrie doit être adaptée à leurs antécédents et réévaluée en permanence, en fonction de leur comportement et de l'évolution de leur état de santé. Ces mesures de surveillance particulières et renforcées restreignent de fait l'exercice des libertés. Si elles s'avèrent parfois nécessaires, ces restrictions doivent toutefois faire l'objet de consignes expresses circonstanciées, individualisées et régulièrement réévaluées. En matière de défaut de surveillance, le juge administratif et le juge judiciaire ont renversé la charge de la preuve, la faisant peser sur l'établissement et non sur la victime. Le texte du 5 juillet 2011 ne change rien en la matière puisque les régimes de responsabilité n'ont pas été abordés à cette occasion par le législateur. L'article L.3211-4 du CSP dispose enfin qu'un protocole thérapeutique pratiqué en psychiatrie ne peut être mis en œuvre que dans le strict respect des règles déontologiques et éthiques en vigueur. Cependant, la loi ne définit à aucun moment ces règles éthiques et le règlement est tout aussi muet.

Contrairement au principe selon lequel le patient est seul détenteur des informations médicales le concernant, l'information de la famille du malade mental est prévue à l'article L.3213-9 du CSP. Pour les soins sans consentement, la loi déroge ainsi au principe du secret médical en obligeant l'administration à informer la famille dans l'intérêt même du patient. Pour le législateur, la famille occupe une place particulière puisqu'elle est censée aider le patient dans ses démarches ou la défense de ses droits. Si le patient refuse de faire connaître le nom d'un membre de sa famille et si aucun membre de cette famille ne peut être avisé, alors il pourra être dérogé à ces dispositions légales. Cette obligation d'information de la famille doit être respectée dès lors qu'une information sur l'identité et l'adresse d'un membre de la famille du patient est connue. S'il détient cette information, l'établissement doit aussi la transmettre au préfet, faute de quoi sa responsabilité pourrait être engagée même si l'établissement a voulu respecter la volonté du patient. L'article L.3211-1 du CSP prévoit que toute personne, faisant l'objet de soins psychiatriques ou sa famille, dispose du droit de s'adresser au praticien ou à l'équipe de son choix. Si le législateur précise ce principe de libre choix de manière spécifique, par ailleurs très mal respecté, il l'élargit curieusement à la famille sans définir cette dernière notion. Ainsi, le patient ne saurait choisir seul, et devrait être assisté par un membre de la famille. De plus, la loi ne précise pas la position du conjoint, et si tel est le cas s'il s'agit de mariage, PACS ou concubinage, ni s'il s'agit d'ascendants ou descendants. Par ces rédactions, le législateur entretient toujours une forme de paternalisme, stigmatisant à l'égard des malades mentaux. Cette confusion se retrouve, dans la circulaire du 2 février 2005<sup>586</sup>, rédigée à la suite du rapport Stasi<sup>587</sup>. Ce texte, relatif à la laïcité, n'aborde pas spécifiquement les établissements psychiatriques. Selon sa rédaction, il convient en dehors des cas d'urgence que le malade puisse choisir librement le praticien, son établissement et éventuellement

---

584 TA de Marseille, 22 novembre 2011, n°1005400.

585 CAA de Marseille, 12 mars 2012, n° 09MA03160, inédit au recueil Lebon.

586 CIRCULAIRE N°DHOS/G/2005/57 du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé.

587 Rapport de la commission Stasi sur l'application du principe de la laïcité dans la République (11/12/03).

son service. Elle précise toutefois, que ce libre choix doit être exercé seulement par le malade, et non par un parent, un proche ou la personne de confiance.

En psychiatrie, il arrive qu'une personne nécessite des soins dans les lieux les plus à même de les assurer, à savoir l'hôpital, alors même qu'elle refuse d'être hospitalisée. Ce refus de soins peut la mettre en danger, ainsi que les personnes qui l'entourent. Dans ces cas précis, il est nécessaire d'assurer la présence physique de cette personne à l'hôpital contre son gré. Cependant, le rôle de la loi n'est pas de déterminer les types de soins dispensés, mais de fixer le cadre juridique autorisant à déplacer et priver quelqu'un de sa liberté. Dans le texte du 5 juillet 2011, le terme « hospitalisation » est remplacé par le mot « soin » et induit ainsi un changement de paradigme majeur. Il ne s'agit plus seulement de garantir les conditions précises de la présence physique d'une personne à l'hôpital contre sa volonté. Il s'agit également de déterminer des soins contraints qui relevaient auparavant de compétences médicales. Comme l'avaient souligné les détracteurs de la loi de 1990, ce changement est lourd de conséquences puisqu'il supprime toute latitude de négociation des soins. La Charte de l'usager en santé mentale<sup>588</sup> précise qu'aucune démarche ne doit être engagée et aucun traitement donné contre ou sans la volonté du patient, par principe. Par exception, le traitement pourra être administré en raison de sa maladie mentale, s'il ne peut porter un jugement sur ce qui est de son intérêt. Ce sera le cas également, si l'absence de traitement peut avoir des conséquences graves pour lui ou pour des tiers. Si l'on s'en tient à l'intitulé de la loi, il serait désormais possible par principe, d'administrer au patient un traitement contre sa volonté, en dehors de toute notion d'urgence. Mais toujours selon la loi, en cas de soins sans consentement, les restrictions à l'exercice des libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. De plus, en toutes circonstances la dignité de la personne doit être respectée. Enfin, un protocole thérapeutique pratiqué en psychiatrie ne peut être mis en œuvre que dans le strict respect des règles déontologiques et éthiques en vigueur. La loi du 5 juillet 2011 fait donc référence aux « soins psychiatriques » en lieu et place de l'hospitalisation, ainsi qu'à des règles déontologiques que toutefois elle ne définit pas. L'article L.3211-3 du CSP dispose dans sa nouvelle rédaction, que « l'avis de (la) personne sur les modalités des soins doit être recherché et pris en considération dans toute la mesure du possible ». Cette formulation retient seulement la notion d'un « avis » et non de recherche indispensable du consentement. Cette approche sémantique élude le consentement et constitue un recul sensible des droits du patient. L'évolution juridique renforce les cas dans lesquels le patient va devoir se soigner. D'un point de vue sémantique, dans le nouveau texte, la notion de « malade mental » est remplacée par celle de « personne faisant l'objet des soins ». Le législateur opère ainsi un glissement de la personne vers la « personne-objet », signant ainsi une certaine négation de la personne et de sa dignité. Dans le même temps, les textes du Code civil<sup>589</sup> et la jurisprudence considèrent toujours l'atteinte au corps humain, dans un cadre médical, comme une exception qui ne peut être justifiée que par l'urgence. La décision du 26 novembre 2010 du Conseil constitutionnel a précisé que c'est aux personnels soignants, ainsi qu'aux autorités administratives et judiciaires, qu'il revient de veiller au respect de la dignité des personnes hospitalisées sans leur consentement. Les sages ont également considéré qu'une personne atteinte de troubles mentaux, qui rendent impossible son consentement, ne peut s'opposer aux soins médicaux que ces troubles requièrent. La personne peut s'opposer seulement si les garanties encadrant l'hospitalisation sans consentement ne permettent pas que son avis sur son traitement soit pris réellement en considération. Cette formulation suppose qu'un traitement pourrait être administré de force, mais à condition que l'on ait « considéré » l'avis du malade. Notons que rien dans la loi ou le règlement ne précise cette « prise en considération ». La loi précise seulement que cette prise en considération doit se faire « dans la mesure du possible », formule tout aussi imprécise. Pour le Comité européen pour la prévention de la torture, des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)<sup>590</sup>, la législation française semble ici

---

588 Charte de l'usager en santé mentale, signée à Paris le 8 décembre 2000, FNAPSY et Conférence des présidents de CME de CHS.

589 Art 16-1 à 3 du Code civil.

590 Conseil de l'Europe, rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), 28 novembre au 10 décembre 2010, publié le 18 avril 2012, paragraphe 188.



entretenir une confusion. Elle peut être, dans certains cas dommageable et constituer un obstacle à l'instauration d'une véritable alliance thérapeutique avec les patients. Selon les observations énoncées par le comité, « l'hospitalisation sans consentement (est) généralement perçue par les professionnels, comme autorisant automatiquement l'application des soins prescrits, en cas de refus ou de réticences du patient ». Le CPT considère à ce propos « que l'admission en soins sans consentement d'une personne capable de discernement, dans un service de psychiatrie, ne doit pas être interprétée comme autorisant automatiquement un soin particulier sans son consentement ». Toute personne capable de discernement, même en soins sans consentement, « doit avoir la possibilité de refuser un traitement ou toute autre intervention médicale ». Si toutefois, un patient bien informé doit être traité contre son gré, il est alors nécessaire d'établir des critères très précis. Il faut de plus mettre en place des procédures permettant l'obtention d'un second avis médical. Ce second avis devra être indépendant de celui, du ou des médecins, proposant le traitement. Enfin, le CPT « invite les autorités françaises à prendre des mesures afin que ce principe soit clairement reflété dans la législation et respecté dans les faits ». Dans sa réponse<sup>591</sup> le Gouvernement argumente qu'il demeure toujours des circonstances particulières et difficiles. Il est alors nécessaire de passer outre l'opposition du patient, en particulier lorsque ce dernier encourt un risque vital. Les autorités françaises estiment donc que la loi du 5 juillet 2011 est équilibrée de ce point de vue, puisque « l'avis de cette personne sur les modalités des soins doit être recherché et pris en considération dans toute la mesure du possible ». La CEDH<sup>592</sup> admet pour sa part que l'administration de traitements médicaux puisse être forcée, seulement si ceux-ci sont strictement nécessaires et à condition que cette possibilité soit prévue dans le droit interne.

Pour l'équipe soignante, dans le contexte textuel incertain, il ne s'agit pas de passer systématiquement outre le refus de soins du patient. Il faut l'intégrer dans la prise en charge, voire le dépasser de manière proportionnée dans des circonstances de crise aiguë et d'urgence vitale. Devant un refus de soins ou de traitement d'un patient en soins sans consentement, tant d'un point de vue légal qu'éthique, il semble que l'administration forcée d'un traitement, dérogatoire au respect du refus de soins, ne pourra avoir lieu que dans un contexte clinique exceptionnel d'urgence, identifié et médicalement constaté, *a priori* ou à défaut *a posteriori*. En ce qui concerne les programmes de soins ambulatoires, certains soulignent l'émergence d'une injonction de prendre soin de sa santé complétant le droit d'être soigné. Le texte semble opérer un glissement vers un dispositif similaire aux soins obligés dans le cadre pénal. Cette tendance semble se confirmer dans la décision du Conseil constitutionnel du 20 avril 2012, relative aux programmes de soins, sur laquelle nous reviendrons.

L'article 16 du Code civil dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». L'article 16-3 dispose, quant à lui, qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». Le droit à être informé en matière médicale découle désormais de ces principes inscrits dans la loi. Il est à noter qu'un autre rapprochement s'opère avec les droits de la personnalité sur la base de l'article 9 du Code civil, selon lequel « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation<sup>593</sup> ». A propos du devoir d'information, la Cour de cassation a affirmé, dès 1942<sup>594</sup>, que le médecin commet une faute s'il n'éclaire pas le malade sur les conséquences de l'intervention. Cette faute met à la charge de l'opérateur, toutes les conséquences de l'intervention, quelle que soit leur origine. La Cour affirmait ainsi, dès 1942, le devoir d'informer le malade pour obtenir son consentement. Dès cette époque, une telle pratique était jugée nécessaire au respect de la personne humaine et des droits du malade. Dans

---

591 Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en France du 28 novembre au 10 décembre 2010, Strasbourg, 19 avril 2012, commentaire (§188, p.80).

592 CEDH, 31 mars 2005, req n° 63062/00, affaire *Schneiter c / Suisse*.

593 Cass, 1e ch. Civ, 25 février 1997, Bull 1997, pourvoi no 95-13.545 ; Cass, 1e ch. Civ, 5 novembre 1996, Bull. 1996, pourvoi no 94-14.798.

594 Cour de Cassation, *Parcelier c / Teyssier*, 28 janvier 1942.

un arrêt de principe du 9 octobre 2001, la Cour de cassation<sup>595</sup> a rappelé qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, au regard de l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. La Cour de cassation<sup>596</sup> a élargi, en 2010, la responsabilité du médecin qui peut désormais être engagée en cas de faute pour « défaut d'humanisme ». La faute est alors constituée par le manquement à l'obligation d'information et au droit qu'a le patient à consentir à l'acte médical de manière éclairée. Cette évolution jurisprudentielle s'appuie sur les droits de la personnalité, en référence aux principes énoncés aux articles 16 et 16-3 du Code civil. Le Conseil d'Etat<sup>597</sup> s'est récemment aligné sur la position de la Cour de cassation. Il a admis que la réalisation d'une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti, faute d'information, oblige l'établissement responsable à réparer le préjudice moral subi de ce fait, comme toute autre conséquence dommageable de l'intervention.

La loi du 5 juillet 2011 rappelle que le principe reste les soins libres, mais elle impacte essentiellement les prises en charge sans consentement. Dans cette élaboration législative, nous avons à faire, de manière classique, au déséquilibre institutionnel du régime parlementaire rationalisé caractéristique de la Ve République. Ce régime affirme la suprématie du pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif. Cette précision est indispensable pour décrypter le dispositif spécifique de la psychiatrie qui confronte les pouvoirs législatifs et exécutifs ainsi que l'autorité judiciaire. La forte disparité territoriale des décisions dérogeant au consentement pose toujours problème. La définition d'un trouble qui rend impossible le consentement du patient incombe au psychiatre, qui va seul retirer ou rendre au patient sa capacité de consentir. P. Paresys,<sup>598</sup> vice-président de l'Union syndicale de la psychiatrie, constate que le nouveau texte ne prévoit pas d'évaluer les conséquences des écarts actuels entre les départements. Pourtant, ces écarts peuvent aller de un à cinq pour les hospitalisations à la demande d'un tiers et de un à neuf pour les hospitalisations d'office. Ce constat démontre cependant des pratiques très différentes des équipes de psychiatrie et des préfets, au regard du respect des libertés individuelles. De plus, et malgré les critiques soulevées régulièrement<sup>599</sup>, les deux régimes d'hospitalisation sous contrainte actuels se superposent toujours partiellement. Les personnes correspondant aux critères de l'hospitalisation sur décision du préfet, peuvent toutefois faire l'objet d'une hospitalisation sur demande d'un tiers, dans la mesure où les textes n'excluent pas expressément l'application de ce régime aux personnes dont les troubles compromettent la sûreté des personnes, ou portent atteinte de façon grave à l'ordre public. Cette confusion persiste dans le nouveau texte et reste problématique. De même, la contrainte peut nécessiter des mesures particulières d'isolement et de contention. Dans ce cas, la restriction de liberté est encore plus grave si le patient est placé en isolement ou à plus forte raison, s'il fait l'objet d'une contention qui entrave ses mouvements. Si les mots « hospitalisée sans son consentement » sont remplacés par « fait l'objet de soins psychiatriques » dans le nouveau texte, la logique d'internement administratif est toujours présente. Dans le cadre du pouvoir de police spéciale, le préfet peut toujours prononcer par arrêté l'admission sous contrainte en soins psychiatriques en s'appuyant sur un certificat médical circonstancié. L'internement des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte de façon grave à l'ordre public, relève toujours de la compétence du seul préfet. L'ordre public est toujours au premier plan pour apprécier le bien-fondé de la mesure prise par le représentant de l'Etat. Le changement de paradigme de l'« hospitalisation » vers les « soins sans consentement » est donc lourd d'incertitudes. Ce pouvoir de limiter les libertés individuelles constitue une forme de violence légitime conféré à la psychiatrie. Il existe d'ailleurs de fortes similitudes entre ce pouvoir conféré à la psychiatrie et la violence légitime étatique. Le monopole de la violence physique légitime est en principe une prérogative de l'autorité de l'Etat. Cette violence légitime se définit comme le droit et le devoir de recourir à la contrainte matérielle et à la

---

595 Cass, 1e ch. Civ, 9 octobre 2001, n°00-14.564, publié au bulletin 2001 I N° 249 p. 157, décision attaquée : Cour d'appel de Lyon, 10 février 2000.

596 Cass, 1e ch. Civ, 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.591, Bull. 2010.

597 CE, 24 septembre 2012, n°:336223, mentionné aux tables du recueil Lebon.

598 PARESIS. P, « Combattre la loi en discussion sur la psychiatrie pour préserver la politique de secteur ? Mensonges et jusqu'au-boutisme », 1er juin 2011, *L'Humanité.fr*

599 IGA-IGG-IGPN, rapport sur les problèmes de sécurité liés aux régimes d'hospitalisation sans consentement, mai 2004

violence physique pour imposer le droit et l'ordre. L'Etat en fait usage en faisant intervenir la police et l'armée. Au regard de cette description, nous pouvons légitimement nous interroger sur les similitudes avec ce qui serait dorénavant attendu de l'institution psychiatrique.

Les moyens humains sont totalement occultés dans la réforme du 5 juillet 2011. A ce propos, I. Aubard rappelait<sup>600</sup> en 2008, que le nombre de psychiatres formés depuis 1986 avait été divisé par dix. Quant à la formation d'infirmier de secteur psychiatrique, elle a disparu depuis 1992. Cette disparition s'est avérée possible car il n'y a pas eu de reconnaissance d'un exercice particulier en psychiatrie. Avec la disparition de ce diplôme, la spécificité du champ d'exercice a disparu. Ainsi, les aptitudes nécessaires en termes d'éthique, le positionnement militant quant à la défense des droits de l'homme et plus généralement l'engagement humaniste ne font plus partie des exigences requises. Pourtant, d'aucun considèrent que soigner en psychiatrie ne se limite pas à appréhender des techniques. C'est avant tout un engagement « politique » et philosophique s'appuyant sur une haute conception de l'homme. C'est cet apprentissage sans certitudes et l'écoute des patients et de leur histoire qui fait aujourd'hui défaut. Des tentatives de développement de politiques publiques par « plans » interposés essaient d'y remédier mais une « culture » a été effacée. M. Mallet, professionnel de la psychiatrie et militant des CEMEA, rappelait dans l'hommage posthume à L. Bonnafé, comment nous devons considérer la folie. Selon lui, il appartient aux soignants de la considérer « comme un drame humain à traiter avec compassion et non comme un scandale inhumain à rejeter dans la périphérie des villes, à maintenir enfermé hors du monde des vivants dans l'indifférence d'une société qui les ignore puisqu'ils ne la perturbent plus ».

D'un point de vue scientifique, l'étude d'impact<sup>601</sup> préalable à l'adoption de la nouvelle loi s'est appuyée sur un postulat largement contestable. Selon l'étude précitée, les avancées scientifiques dans le domaine des neurosciences, de la biologie et des thérapeutiques médicamenteuses auraient modifié ces vingt dernières années les pratiques cliniques, confortées en cela par les résultats d'une recherche clinique « en plein essor ». Le pronostic des pathologies mentales en aurait été transformé, modifiant en conséquence le recours aux soins en psychiatrie ainsi que leur organisation. Cette affirmation, issue du Gouvernement, ne recueille aucun consensus chez les professionnels. Aucune nouvelle classe médicamenteuse n'a été découverte, depuis le premier neuroleptique en 1951. Le neurobiologiste F. Gonon<sup>602</sup> confirme que les recherches en neurosciences n'ont donné aucun résultat probant à ce jour. L'apport effectif des neurosciences à la psychiatrie s'avère réduit, car aucun marqueur biologique d'un trouble psychiatrique n'a encore été validé. Les neurosciences n'ont pour l'instant pas permis de découvrir de nouvelles classes de médicaments innovants. Le psychiatre P. Bichon<sup>603</sup> formule la même observation en soulignant qu'« [...] aucun médicament vendu sur le marché depuis l'arrivée du *Largactil* en 1952, n'a révolutionné la psychiatrie ». Objectivement, les laboratoires ont certes affiné leurs recherches, mais ils ont peu progressé sur les symptômes. Les progrès portent essentiellement sur les effets secondaires et les modalités d'administration ce qui n'est toutefois pas négligeable.

## **§2. Les décisions du directeur: procédure sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent.**

La nouvelle loi du 5 juillet 2011 reprend des dispositions d'admission préexistantes concernant les soins psychiatriques sans consentement. Elle en introduit une innovante, sans demande de tiers en cas de péril imminent. La loi envisage trois cas de figure, lorsque les troubles mentaux rendent impossible le consentement et imposent des soins immédiats. Elle prévoit toujours, par principe, une admission sur demande de tiers classique, mais deux situations exceptionnelles sont envisagées. Il s'agit des cas de « risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade », nécessitant une demande de tiers, dispositif existant

---

600 AUBARD. I, *Du gardien à l'infirmier psychiatrique: Histoire d'une profession*, CHS Gérard Marchant, Toulouse, 17 Mars 2008.

601 Projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, étude d'impact, mai 2011.

602 GONON. F et KONSMAN. J-P, *Pour une éthique de la communication en neurosciences*, La lettre des neurosciences, bulletin de la Société des Neurosciences, printemps-été 2011, n°40.

603 « Résister à la dérive sécuritaire de la psychiatrie », entretien avec Philippe Bichon. 29 juin 2011, [www.cip-idf.org](http://www.cip-idf.org)

précédemment, et des cas de « péril imminent pour la santé de la personne », ne nécessitant pas de tiers demandeur.

Dans le dispositif de droit commun, la décision d'admission en soins psychiatrique sur demande d'un tiers est prononcée par le directeur d'établissement. La vocation exclusive de cette mesure est la protection de la santé du patient concerné. La compétence du directeur est liée aux avis médicaux, il est donc tenu de suivre la décision médicale. Le demandeur est un membre de la famille du malade ou une personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins. Ces relations lui donnent qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci. Les personnels soignants qui exercent dans l'établissement d'accueil ne peuvent pas être tiers demandeurs. Les troubles mentaux de la personne doivent rendre impossible son consentement et l'état mental doit imposer des soins immédiats, assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier. Il s'agit donc d'une dérogation au principe de droit au refus de soins, sans qu'il soit fait référence, à la sûreté ou à l'ordre public. Le 3 décembre 2003, le Conseil d'Etat<sup>604</sup> a précisé la notion des tiers. A défaut de pouvoir faire état d'un lien de parenté avec le malade, le tiers doit être en mesure de justifier de l'existence de relations antérieures à la demande. Ces relations doivent de plus lui donner qualité pour agir dans l'intérêt du patient. Conformément aux instructions ministérielles<sup>605</sup>, dans l'hypothèse où elle est intervenue précédemment et dans l'intérêt du patient, une assistante sociale de l'établissement d'accueil peut éventuellement remplir les conditions de tiers demandeur. Cependant, elle agit alors *intuitu personae*, c'est à dire à titre personnel et indépendamment de tout lien de subordination hiérarchique. La protection des tiers demandeurs de soins exige qu'ils ne puissent être demandeurs dans certains cas. Il s'agit des malades dont les troubles mentaux compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public. Dès lors que les personnes dont les troubles mentaux présentent un risque grave pour la société, les soins contraints ne pourront être organisés que sur décision du représentant de l'Etat, ceci afin de préserver les tiers d'éventuelles représailles des patients. Face à la gravité des troubles et à leurs conséquences éventuelles, il revient à l'autorité publique d'endosser la responsabilité des soins sous contrainte et non au tiers. Il s'agit là d'une notion qui n'est pas forcément prise en compte.

L'entrée dans le dispositif de droit commun se fait au vu de trois éléments de manière cumulative. Dans un premier temps, deux certificats médicaux circonstanciés de moins de quinze jours doivent être établis par des médecins pas obligatoirement psychiatres. Dans ce cas, seul le premier certificat ne peut pas être établi par un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil. Dans les vingt quatre heures suivant l'admission, un psychiatre de l'établissement, qui ne peut être l'auteur du ou des certificats initiaux, doit constater l'état mental et confirmer ou non la nécessité de maintenir les soins psychiatriques au regard des critères d'entrée dans le dispositif. Si ce certificat infirme la nécessité des soins, la mesure est levée. Dans les soixante-douze heures suivant l'admission, un psychiatre de l'établissement d'accueil, qui ne peut être l'auteur du ou des certificats initiaux, doit constater l'état mental et confirmer ou non la nécessité de maintenir les soins psychiatriques au regard des critères d'entrée dans le dispositif. Si la mesure n'est pas levée, un avis propose alors la forme de la prise en charge au directeur qui est tenu d'y donner suite. Cette prise en charge prend alors la forme, soit d'une hospitalisation complète, soit d'un programme de soins sans consentement ambulatoires. Cette validité de quinze jours, pour les certificats médicaux au vu desquels la décision peut être prise, constitue une source d'interrogation. En effet, les conditions de fond de départ, de la mise en place de soins sans consentement, ne sont pas forcément présentes quinze jours après. Cette hypothèse de décalage entre les certificats médicaux et la décision d'admission se vérifie peu dans la réalité, mais reste néanmoins possible. Il s'agit, en tout état de cause, d'une situation pour laquelle l'intervention du juge sera très salutaire.

---

604 CE, 3 décembre 2003, n° 244867, Centre hospitalier spécialisé de Caen.

605 Ministère de la santé, fiche d'information du 13 mai 1991, relative à l'application de la loi du 27 juin 1990.

Pour le dispositif concernant les cas de risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade, la nature de décision du directeur et les dispositions relatives au tiers sont identiques à celles de droit commun. Les troubles mentaux de la personne rendent impossible son consentement et son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier. Il doit exister en plus un risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade. L'entrée dans le dispositif d'urgence se fera au vu d'un seul certificat médical pouvant émaner d'un médecin exerçant dans l'établissement<sup>606</sup>. Il sera complété par la demande du tiers et la décision administrative du directeur. Dans les vingt-quatre heures suivant l'admission, un psychiatre de l'établissement d'accueil, qui ne peut être l'auteur du ou des certificats initiaux, devra constater l'état mental et confirmer la nécessité de maintenir les soins psychiatriques au regard des critères d'entrée dans le dispositif. Si ce certificat infirme la nécessité des soins, il n'est pas nécessaire d'attendre le certificat suivant pour mettre un terme à la mesure de soins. Dans les soixante-douze heures suivant l'admission, un psychiatre de l'établissement d'accueil, qui ne peut être ni l'auteur du ou des certificats initiaux, ni l'auteur du certificat des vingt-quatre heures, devra constater l'état mental et confirmer la nécessité de maintenir les soins psychiatriques au regard des critères d'entrée dans le dispositif. Si la mesure n'est pas levée, un avis médical devra proposer la forme de la prise en charge au directeur qui sera tenu également d'y donner suite. Cette prise en charge prendra alors la forme d'une hospitalisation complète ou d'un programme de soins sans consentement ambulatoires.

La disposition en cas de péril imminent pour la santé de la personne sans demande de tiers constitue une innovation. Désormais, le directeur pourra prononcer l'admission lorsqu'il s'avèrera impossible d'obtenir une demande de tiers et qu'il existera, à la date d'admission, un péril imminent pour la santé de la personne dûment constaté par un certificat médical circonstancié. Alors, l'admission pourra avoir lieu sans demande de tiers et sur décision du directeur. Se dernier se prononcera au vu d'un seul certificat médical d'un médecin n'exerçant pas dans l'établissement d'accueil. Il convient de s'attarder sur cette dernière notion, puisque certains directeurs sollicitent des médecins rattachés à un autre établissement avec lequel l'établissement d'accueil est lié par un dispositif de coopération. En effet, bien que dépendants d'un autre établissement, les praticiens concernés exercent également dans l'établissement d'accueil du patient. Nul doute que cette ambiguïté devra être rapidement levée. Cette disposition d'exception peut toutefois être utile pour des patients isolés ou en situation d'errance. Elle ne doit pas se banaliser pas par facilité, comme c'était le cas lors des hospitalisations sur demande d'un tiers en urgence. Dans ces situations l'exception avait largement pris le pas sur le principe. En l'occurrence, le législateur aurait pu exiger la motivation des recours au dispositif de péril imminent pour éviter les dérives. C'est le juge qui rétablit cette exigence comme le montre une ordonnance de mainlevée du JLD de Dijon<sup>607</sup>, en retenant l'absence de motivation des certificats médicaux. En l'occurrence la mention pré-imprimée sur le certificat initial ne valait pas motivation. Ce dispositif en cas de péril imminent a également vocation à pallier les difficultés rencontrées lorsqu'il y a crainte de représailles pour le tiers. En effet, l'accès du patient à l'identité du tiers dans le cadre de la judiciarisation et du principe contradictoire, va rendre de plus en plus difficile l'obtention d'une demande de tiers. Il s'agit sans doute d'un risque de dérive vers la généralisation de cette disposition nouvelle<sup>608</sup>. De plus, les conditions de fond des dispositions exceptionnelles en urgence ou pour péril imminent sont sensiblement les mêmes. Pour O. Dupuy<sup>609</sup>, ces conditions sont proches, voire se confondent. Le péril imminent est défini par l'HAS<sup>610</sup> comme l'immédiateté du danger pour la santé ou la vie du patient. Dans ce second cas, il semblerait que la différence se fasse sur le caractère immédiat du risque, mais la distinction entre les deux notions est très peu évidente et surtout leur proximité sémantique peut permettre très facilement d'utiliser la procédure *a priori* la plus simple sans tiers. La disposition relative

---

607 TGI de Dijon, ordonnance du JLD, 24 octobre 2012, n°RG 2012/262.

608 Art. L. 3212-1, II, 2° du CSP.

609 DUPUY. O, *Droit et psychiatrie, la réforme du 5 juillet 2011 expliquée*, éditions Heures de France, 2011.

610 Modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, HAS, avril 2005.

au cas de « risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade », nécessitant une demande, remplace les situations d'urgence de la loi du 27 juin 1990 dont les modalités étaient identiques. Pour éviter les confusions, une procédure unique pourrait être instituée sous la forme de soins sans consentement pour péril imminent sur demande de tiers ou sans tiers et spécialement motivé. Enfin, de manière classique, les troubles mentaux de la personne devront rendre impossible son consentement et imposer des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier. L'intérêt de l'admission pour péril imminent sans tiers a été illustré indirectement par le Conseil d'Etat le 12 mars 2012<sup>611</sup>. En l'espèce, la Haute juridiction administrative a estimé que l'établissement de santé ne peut être tenu pour responsable d'une tentative de suicide par une patiente en soins libres après sa sortie volontaire. La patiente concernée, présentant de graves troubles psychiatriques, avait été admise à sa demande en soins libres. Vingt jours plus tard, elle a quitté l'établissement, s'est jetée d'un viaduc et a conservé de graves séquelles. Face aux demandes de réparation de la patiente, le Conseil d'Etat a rendu une décision surprenante mais conforme à la décision de la Cour administrative d'appel. Dans un premier temps, il a retenu le principe des soins consentis en hospitalisation libre, au vu de l'absence d'éléments de gravité attestés par un expert. Au vu d'une aggravation des troubles, il a relevé également la proposition du service envers les proches, de mettre en place des soins sans consentement ainsi que le refus de ces derniers. Cette situation, qui se situait dans le cadre de la loi de 1990, interroge au vu de la nécessité de soins avec surveillance constante qui paraissait évidente. Outre la responsabilité morale que cette décision fait peser sur les proches, cette affaire souligne l'intérêt de ne plus recourir au tiers demandeur. En effet, si l'affaire avait été postérieure à la loi du 5 juillet 2011, une admission pour péril imminent, sans demande de tiers et au titre de l'article L.3212-1 II 2<sup>e</sup> du CSP, aurait permis la mise en place d'une prise en charge mieux adaptée et d'éviter l'accident.

La simplicité apparente de la disposition relative au cas de « péril imminent pour la santé de la personne », sans demande de tiers, se trouve contrariée par la nécessité d'obtenir un certificat d'un médecin n'exerçant pas dans l'établissement d'accueil. Face à ces situations, certains établissements qui en avaient la possibilité, grâce à une proximité géographique, ont prévu de faire appel à un médecin d'un autre établissement de santé. Enfin, la possibilité de maintenir la mesure par le directeur en cas de péril imminent pour le patient, malgré une demande de levée par un tiers, constitue un progrès en évitant de recourir comme par le passé à des décisions du représentant de l'Etat, de manière abusive, c'est à dire sans notion d'atteinte à l'ordre public ou à la sûreté des personnes.

A propos des conditions de fond, la Cour administrative d'appel de Nancy<sup>612</sup> précise la jurisprudence administrative sur la notion de « péril imminent ». Cette notion n'est pas celle du danger pour autrui ou pour l'ordre public, propre aux soins sans consentement sur décision préfectorale, mais bien une situation de péril imminent pour la santé du malade lui-même. La Cour a confirmé à cette occasion que le « [...] certificat médical, qui se borne à faire mention d'un danger pour l'entourage [...], et non d'un péril imminent pour la santé de ce dernier », et « ne fait état d'aucune tendance suicidaire de l'intéressé [...], n'expose pas d'éléments constitutifs d'un péril imminent pour la santé ». En conséquence, l'hospitalisation est intervenue à l'issue d'une procédure irrégulière, prise sur un mauvais fondement, sanctionnée par le Tribunal administratif et la Cour administrative d'appel. Purement sur la forme et depuis l'unification du contentieux, le JLD de Strasbourg<sup>613</sup> a prononcé une mainlevée non différée dans une situation de péril imminent, au vu d'un défaut de délégation envers la personne décidant l'admission. Il s'est prononcé au vu de l'article D.6143-33 et suivants du CSP, prévoyant notamment que les délégations soient « notifiées aux intéressés et publiées par tout moyen les rendant consultables ».

Les décisions de soins sans consentement sur demande de tiers et en urgence, constituent des décisions exceptionnelles qui doivent être particulièrement motivées. Dans ce cas, la reprise des termes

---

611 CE, 12 mars 2012, n° 342774, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

612 CAA de Nancy, 2 août 2012, n°12NC00017, inédit au recueil Lebon.

613 TGI de Strasbourg, 4 mars 2013, ordonnance du JLD, RG 13/00222.

du Code de la santé publique ne suffit pas et une motivation circonstanciée est exigée. Sous les dispositions de la loi de 1990, la justice administrative considérait que le recours à la procédure d'HDT en urgence devait déjà être justifiée par un péril imminent décrit dans le certificat médical unique. Cependant, la seule mention de l'existence d'un péril imminent dans le certificat médical n'était pas suffisante en l'absence d'éléments précis de nature à le caractériser. Selon le Tribunal administratif de Paris amené à se prononcer en 2009<sup>614</sup>, le certificat qui se borne à indiquer que l'état mental nécessite des soins immédiat sans consentement, sans préciser l'existence ou les éléments constitutifs d'un péril imminent, ne comporte pas les précisions requises ce qui invalide la procédure. La Cour administrative d'appel de Nantes<sup>615</sup> avait auparavant caractérisé et reconnu le péril imminent en rappelant que la pathologie du requérant comportait alors « un délire de persécution, un refus de soins et d'aliments et des manifestations comportementales préjudiciables à sa santé susceptibles d'entraîner un risque de tentative de suicide ». Le patient devait être alors regardé à l'évidence comme se trouvant en situation de péril imminent pour sa santé. C'est ce qu'ont successivement rappelé à leur tour les JLD de Dijon<sup>616</sup> et d'Amiens<sup>617</sup> les 5 et 7 septembre 2012 dans le cadre de la nouvelle législation. Dans leur décision de mainlevée différée, ces derniers ont écarté les termes de l'article L.3212-3 du CSP pré-imprimés et ont relevé l'absence de caractérisation précise manuscrite des troubles justifiant l'urgence. En conclusion, à la lumière de ces décisions, dans les cas d'exception d'admission en urgence sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent sans tiers, l'accent est mis sur la nécessité d'une motivation très précise des certificats médicaux. Ces mesures, qui restaient auparavant sous le coup de contrôles aléatoires et formels du juge administratif, peuvent désormais être invalidées lors de contrôles systématiques par le juge des libertés. Cela apparaît particulièrement important au regard de ce qui régnait sous l'empire de la loi de 1990, où l'exception de l'urgence avait largement pris le pas sur la procédure de droit commun, grâce à une relative passivité administrative.

Lorsque le directeur d'établissement est décisionnaire, il pèse sur lui une obligation d'information envers certaines autorités. Il doit informer le préfet et la CDSP des décisions d'admission et de maintien de la mesure. De même, le tiers demandeur devra être informé de la transformation éventuelle de la prise en charge en programme de soins. Enfin, le directeur est tenu d'informer le préfet, la CDSP et les procureurs de la République de la levée de la mesure. La levée de la mesure de soins psychiatriques aura lieu si le psychiatre de l'établissement rend un avis médical à tout moment préconisant la levée. La levée est alors formalisée par une décision du directeur d'établissement qui est tenu de suivre l'avis médical par sa compétence liée. Par contre la levée sera automatique si les certificats n'interviennent pas aux échéances prévues. Nous verrons spécifiquement que la levée pourra également avoir lieu sur décision du juge des libertés et de la détention. Enfin, sauf avis contraire du psychiatre traitant, la levée pourra aussi intervenir par une décision du directeur de l'établissement, sur la demande d'un tiers. Il pourra s'agir d'un membre de la famille ou d'une personne justifiant de l'existence de relations avec le malade, antérieures à la demande de soins. Ces relations devront de plus lui donner qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci.

Le maintien dans le dispositif ou la fin de la mesure de soins à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent, relève d'une décision du directeur de l'établissement liée aux avis médicaux. La levée des contraintes pourra également survenir sur demande du tiers, mais le directeur de l'établissement ne sera pas tenu d'y faire droit si un péril imminent pour la santé du patient est établi et certifié par le certificat médical d'un psychiatre. Lorsque les soins sont toujours nécessaires, cette nouvelle disposition permet de maintenir les soins et de ne pas recourir abusivement à une mesure décidée par le représentant de l'Etat. Dans ce cas, le directeur sera tenu d'informer le tiers demandeur de la levée de son refus et de ses droits de recours contre la décision.

---

614 TA de Paris, 23 décembre 2009, n° 0704375/3-2.

615 CAA Nantes, 29 septembre 2009, n°08NT03472.

616 TGI de Dijon, ordonnance du JLD, 5 septembre 2012, RG n° 2012 / 218.

617 TGI d'Amiens, ordonnance du JLD, 7 septembre 2012, RG n° 12 / 00589.

Dans la chronologie de prise en charge lors d'une hospitalisation complète, un nouveau certificat devra être établi entre le sixième et le huitième jour suivant l'admission. Pour le dispositif d'urgence, en cas de risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade, et pour le dispositif en cas de péril imminent pour la santé de la personne, ces certificats devront émaner de psychiatres différents. A l'issue de la période de soins et d'observation, il peut être décidé un maintien en hospitalisation complète ou un programme de soins. La prise en charge en programme de soins a lieu sur décision du directeur d'établissement validant le programme de soins, élaboré et proposé par un psychiatre participant à la prise en charge du patient. La décision du directeur d'établissement, pour un programme de soins, ne pourra avoir que deux origines. En premier lieu, les soins seront organisés sur avis d'un psychiatre participant à la prise en charge du patient. Il peut s'exprimer à tout moment, ou dans les certificats prévus à échéance, accompagnés du programme de soins. Il pourra s'agir également d'une décision différée du juge des libertés et de la détention.

### **§3. Les décisions du représentant de l'Etat et (ou) de l'autorité judiciaire : un recul du pouvoir préfectoral.**

Depuis 1838, le législateur français réserve à l'administration préfectorale la responsabilité d'interner certains malades mentaux, plutôt que de la conférer à un juge. La loi impose seulement de rapporter au préfet une allégation de besoin de soins associée à un danger pour les personnes ou à une atteinte grave à l'ordre public. Le contrôle formel de l'exercice de la prérogative préfectorale est donc d'une importance cruciale, même si elle est atténuée depuis l'intervention de plein droit du juge des libertés. Ce contrôle formel porte sur les exigences de régularité valables pour tous les actes administratifs. Il porte surtout sur la motivation de l'arrêté du préfet et sur sa notification à la personne concernée. Les décisions qui restreignent l'exercice des libertés individuelles doivent être motivées. Le préfet ne peut faire interner que si sont allégués un besoin de soins et selon le cas, un danger pour les personnes ou une atteinte grave à l'ordre public.

Les dispositions du nouveau texte sont exemplaires de complexité. En ce qui concerne les mesures de levées ou de maintien, plusieurs cas de figure sont possibles. Comme auparavant, lors d'une décision d'admission directe dans le cadre du droit commun, le préfet prononce par arrêté l'admission en soins psychiatriques. Selon la rédaction du texte, le préfet se trouve décisionnaire non plus seulement de l'hospitalisation mais aussi des soins. Conformément aux dispositions préexistantes, dans la procédure de droit commun, les troubles mentaux de la personne devront nécessiter des soins, compromettre la sûreté des personnes ou porter une atteinte grave à l'ordre public. L'entrée dans le dispositif a lieu au vu d'un arrêté du préfet et d'un certificat médical circonstancié ne pouvant émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil. Ce certificat initial peut toutefois être établi par tout médecin non psychiatre de l'établissement d'accueil ou tout médecin extérieur. Dans les vingt-quatre heures suivant l'admission, un psychiatre de l'établissement, différent du premier certificateur, devra constater l'état mental et confirmer la nécessité de maintenir les soins au regard des critères de fond. Si ce certificat infirme la nécessité des soins, il ne sera pas nécessaire d'attendre le certificat suivant pour proposer au préfet de lever la mesure de soins. Dans les soixante-douze heures, suivant l'admission, un psychiatre de l'établissement d'accueil, qui ne peut être l'auteur du ou des certificats initiaux, devra constater l'état mental et confirmer la nécessité de maintenir les soins au regard des critères de fond. Dans tous les cas, à l'issue des soixante-douze heures, un avis médical motivé devra proposer la forme de la prise en charge au préfet.

La décision du préfet peut intervenir après mesure provisoire et urgente du maire. Le maire doit établir un arrêté municipal prenant une mesure provisoire d'hospitalisation accompagné désormais d'un avis médical pouvant émaner de tout médecin. En effet, la jurisprudence constitutionnelle a mis fin à la possibilité d'admettre au vu de la seule « notoriété publique ». Dans ce cas, le comportement de la personne devra révéler des troubles mentaux et son comportement devra présenter, en plus, un danger manifeste pour la sûreté des personnes. Le préfet devra alors confirmer, dans les quarante-huit heures,



l'admission en soins psychiatriques par un arrêté définitif. Le déroulement des premières soixante-douze heures est identique à la situation de droit commun. L'admission en soins sans consentement sur décision provisoire du maire ou du commissaire de police à Paris, n'est plus possible sur la seule « notoriété publique ». L'abandon de la notoriété publique est la nouveauté la plus marquante, mais elle est consécutive à une censure du Conseil constitutionnel, et non à une volonté du législateur. Il semble que les sages aient considéré qu'il n'était plus possible d'interner quelqu'un sur le seul aspect de la « mauvaise réputation », mais au contraire qu'un avis médical était impératif. L'abandon de cette notion signifie clairement la fin d'un pouvoir exorbitant des maires et à Paris, des commissaires de police. La formulation « attesté par un avis médical » est toutefois singulièrement ambiguë. Si l'avis médical semble être un avis simple, l'assortir du verbe attester renvoie à la définition d'« attestation », c'est à dire à un acte écrit comme pièce qui atteste ou qui certifie<sup>618</sup>. Dans la pratique, la chronologie de cette procédure pose un réel problème. Il n'est pas rare que les forces de l'ordre amènent aux services d'urgence le patient avec le seul arrêté provisoire du maire. Dans ce cas, le médecin des urgences présent, est censé rendre un avis médical attestant un danger imminent pour la sûreté des personnes. Il doit formuler cet avis alors qu'il n'a pas été témoin du comportement initial révélant des troubles mentaux manifestes. Cet avis ne bénéficie pas de définition juridique claire. On ne sait s'il est simple ou conforme et donc opposable. Cela constitue à la fois une difficulté pratique concrète, mais également un nouvel exemple du manquement à l'obligation de « clarté », à laquelle est en principe soumis le législateur.

En cas d'hospitalisation d'office d'origine judiciaire, il s'agit dans un premier cas d'une personne qui aura bénéficié, sur le fondement du premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal, d'une décision judiciaire d'irresponsabilité pénale. Les autorités judiciaires estiment que l'état mental nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, et en avisent immédiatement le préfet. Le préfet doit alors ordonner la production d'un certificat médical circonstancié portant sur l'état actuel du malade, afin de prononcer ensuite une mesure d'admission en soins psychiatriques dans les conditions prévues à l'article L.3213-1 du CSP. Dans ce cas précis, le représentant de l'Etat ne pourra décider une prise en charge initiale sous une autre forme que l'hospitalisation complète. En résumé, l'entrée dans le dispositif se fera au vu d'un certificat médical circonstancié, d'un arrêté du préfet et de la décision administrative du directeur. Dans le deuxième cas, il s'agira d'une décision judiciaire, dans le cadre de l'article 706-135 du Code de procédure pénale. C'est la décision de justice qui prononce l'admission en soins psychiatriques. Le préfet avisé de cette décision la met en œuvre, sans recourir à un arrêté d'admission. L'entrée dans le dispositif se fait au vu de la décision de justice, mentionnant la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental et d'une expertise psychiatrique. Celle-ci atteste que les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public. Comme précédemment, le représentant de l'Etat ne pourra décider une prise en charge initiale sous une autre forme que l'hospitalisation complète.

En cas de litige, à propos de la décision de levée de la mesure de soins psychiatriques, sous la forme d'une hospitalisation complète, le « dernier mot » restera au psychiatre ou au JLD. Il s'agit là d'une disposition nouvelle et essentielle, introduite par la jurisprudence constitutionnelle. Dans le cas où un avis médical propose de mettre fin aux soins, si le préfet décide de suivre la proposition médicale mettant fin aux soins, cette situation consensuelle ne pose aucun problème. En revanche, en cas de désaccord sur l'opportunité de mettre un terme à la mesure<sup>619</sup>, si le préfet décide de ne pas suivre la proposition du psychiatre, il en informe sans délai le directeur qui demande immédiatement l'examen du patient par un deuxième psychiatre. Si ce deuxième avis confirme également l'absence de nécessité de l'hospitalisation complète, le préfet devra ordonner la levée de la mesure de soins psychiatriques. *A contrario*, si le deuxième avis psychiatrique ne confirme pas la proposition du psychiatre traitant, le préfet pourra maintenir l'hospitalisation complète et avoir éventuellement recours à l'expertise. Dans ce

---

618 Définition du Petit Robert.

619 Art L.3213-9-1 du CSP.

cas, il devra en informer le directeur, charge à ce dernier de saisir sans délai le juge des libertés. Logiquement, cette disposition s'applique au-delà du quinzième jour après le délai d'intervention du JLD de plein droit. Ces dispositions adoptées après la décision des sages du 9 juin 2011<sup>620</sup> constituent une avancée incontestable, en cas d'accord ou de désaccord des deux psychiatres en vue de la mainlevée. En effet, il s'agit de l'instauration d'un autre contre-pouvoir médical et judiciaire inédit face au préfet qui n'existait pas dans la loi de 1990. Cette avancée doit toutefois être tempérée lorsque le désaccord porte sur l'opportunité de transformer l'hospitalisation en programme de soins. En effet, dans ce cas, le préfet pourra retenir l'avis défavorable sans que le juge soit amené à se prononcer. Comme auparavant en l'absence de décision préfectorale ou de confirmation de l'arrêté provisoire du maire, dans les quarante huit heures, la levée sera automatique. La situation est différente en cas de désaccord du préfet avec la proposition de programme de soins du psychiatre<sup>621</sup>. Dans ce cas, le directeur de l'établissement doit demander l'examen du patient par un deuxième psychiatre. Si ce deuxième avis confirme l'absence de nécessité de l'hospitalisation complète, le préfet ordonnera la mesure de programme de soins proposée par le psychiatre traitant. En revanche, contrairement à la situation de levée complète, si le deuxième avis psychiatrique ne confirme pas le premier, le patient devra rester alors en hospitalisation complète. Dans ce cas, il n'y a pas de saisine du JLD de plein droit, mais seulement une possibilité de saisine facultative.

Si les décisions d'admission émanent du préfet ou de l'autorité judiciaire, le directeur doit transmettre les certificats et avis sur le maintien ou les modifications de prise en charge au préfet et à la Commission départementale des soins psychiatriques (CDSP). Il transmet également l'avis du psychiatre qui demande la levée de la mesure au préfet. Le préfet se trouve soumis à son tour à une obligation d'information. Celle-ci concerne, à la fois : le procureur de la République, les maires de la commune de l'établissement et de résidence du patient, la CDSP, la famille du patient et la personne éventuellement chargée de la protection juridique. Cette obligation d'information qui pèse sur le préfet concerne les décisions d'admission, de maintien et de modification du mode de prise en charge.

#### **§4. L'internement psychiatrique : une prérogative de puissance publique.**

Les articles 2 et 4 de la DDHC et l'article 66 de la Constitution ont été complétés par les décisions du Conseil constitutionnel consacrant la liberté d'aller et venir. Ce fut le cas une première fois en 1979<sup>622</sup>, comme composante de la liberté, puis en 2006<sup>623</sup> comme liberté autonome. Il apparaît légitime de s'interroger sur la capacité d'internement conférée à certains établissements de santé privés. L'article 12 de la DDHC dispose que « La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ». Cet article fondateur justifie l'existence d'une puissance publique propre à garantir le respect des droits essentiels des individus. Ainsi, selon Rivero<sup>624</sup>, la puissance publique est « la traduction au plan administratif de la réalité politique qu'est le pouvoir ». En l'occurrence, nul particulier n'a le droit d'imposer ses volontés à autrui contre son gré. La puissance publique repose sur la notion de « prérogatives de la puissance publique ». Elle se caractérise par le double pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des obligations aux administrés, ainsi que de recourir à la force physique légitime pour les faire exécuter. L'exercice de prérogative de puissance publique s'appuie sur deux leviers. L'administration exerce le double pouvoir de d'imposer unilatéralement des obligations aux administrés et de recourir à la force physique légitime pour les faire exécuter. Il s'agit de moyens reconnus juridiquement qu'utilise l'administration afin de remplir des missions d'intérêt général, sans le consentement des personnes intéressées. Il s'agit également des moyens qu'un Etat se donne pour assurer la sécurité de son territoire et de ses citoyens. Ces prérogatives s'exercent normalement par l'intermédiaire des forces de police, de l'armée, des douanes mais également d'une certaine façon

620 CC, décision du 09 juin 2011, n° 2011-135/140, QPC, *M. Abdellatif B et autre* [Hospitalisation d'office].

621 Art L 3213-9-1 du CSP.

622 CC, décision du 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, (Ponts à péages).

623 CC, décision du 19 janvier 2006, n° 2005-532 DC, 16e considérant.

624 Dictionnaire de Droit Administratif.

par l'institution psychiatrique. La forme la plus connue de la puissance publique est la « violence légitime » que constitue la contrainte matérielle nécessaire à la privation de liberté d'aller et venir. En dehors de la procédure pénale, l'Etat a la possibilité de priver des individus de leur liberté, dans les cas d'internement des malades mentaux en hôpital psychiatrique, dès lors qu'ils présentent un danger pour eux même ou autrui. L'internement psychiatrique répond à la définition de « prérogative de puissance publique », c'est à dire un instrument de contrainte détenu par l'administration qui exerce un pouvoir souverain sur certains membres de la population. Plusieurs décrets et arrêtés du 11 mars 2010<sup>625</sup> ont été publiés dans le prolongement de la loi du 2 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires. Ces textes précisent que les profils de recrutements des directeurs d'hôpital sont diversifiés, puisque la fonction est désormais ouverte à des personnes non-fonctionnaires recrutées sur des contrats de droit public. La question de la place des établissements privés avait été débattue dès la loi de 1838. Ainsi, l'article 1er de la loi de 1838 imposait que chaque département dispose d'« un établissement public spécialement destiné à recevoir et à soigner les aliénés ou, de traiter, à cet effet, avec un établissement public ou privé, soit de ce département, soit d'un autre département ». La requérante à l'origine de la décision du 26 novembre 2010, contestait les dispositions relatives aux établissements habilités à soigner les malades mentaux, en tant qu'elles permettent l'hospitalisation sans consentement dans des établissements privés. Le dernier grief devant le Conseil d'Etat<sup>626</sup> consistait à remettre en cause la faculté d'un directeur d'établissement privé de prononcer l'admission, dans le cadre de l'HDT, et l'insuffisance des garanties entourant l'exercice de cette compétence. Elle contestait l'absence de tout encadrement des conditions dans lesquelles des personnes de droit privé peuvent accomplir une telle mission de service public. Elle contestait, en outre, la compétence reconnue au directeur de l'établissement privé, pour prendre une décision d'admission en soins sans consentement. Le Conseil constitutionnel n'a pas donné suite à ce grief relatif à l'insuffisance de la loi dans la procédure d'admission en HDT dans un établissement privé. Il a notamment considéré que ces établissements sanitaires sont soumis, comme les établissements publics, aux règles qui imposent les visites régulières des autorités judiciaires et administratives et le contrôle par la CDHP. De plus, depuis la loi HPST du 21 juillet 2009, le régime applicable aux établissements privés participant au service public hospitalier a été remplacé par un régime de missions de service public. Ces missions peuvent être exercées par des établissements privés. La prise en charge des personnes hospitalisées sans leur consentement figure désormais explicitement à l'article L.6112-1 du CSP. De fait des privations de libertés pour des soins psychiatriques peuvent être décidées par des non fonctionnaires. Il existe également en France trois établissements privés à but lucratif habilités à admettre des patients sur demande de tiers. Il s'agit de la Maison de santé d'Épinay-sur-Seine (Seine-Saint-Denis), de la clinique San Ornello à Borgo (Haute-Corse) et de la clinique de Beaupuy (Haute-Garonne). Au vu de l'ensemble des éléments énoncés, il paraît surprenant qu'un non-fonctionnaire, et a *fortiori* une personne morale de droit privé, puissent être habilités, et se voir déléguées les décisions de soins sans consentement. En détenant une personne pour des soins, il s'agit bien d'exercer une violence légitime étatique, prérogative de puissance publique. La loi du 5 juillet 2011 ne s'attarde pas du tout sur cet aspect particulier. Cette prérogative est pourtant confirmée explicitement par l'intervention du juge des libertés et, implicitement par la compétence du Contrôleur général des lieux privatifs de liberté, pour l'inspection des établissements psychiatriques. Enfin, seule la rédaction de l'article L.3211-3 du CSP envisage un lien entre la privation de liberté à l'exigence sanitaire. Elle précise que dans les situations de soins psychiatriques non consentis, les restrictions à l'exercice des libertés individuelles doivent être « adaptées, nécessaires et proportionnées à (l') état mental et à la mise en œuvre du traitement requis ».

### **SECTION 3. LA JUDICIARISATION SYSTÉMATIQUE DE L'INTERNEMENT.**

La plupart des pays confient à une autorité indépendante à un tribunal ou à une Cour la compétence d'approuver le placement et le traitement, non volontaire, des malades mentaux. Le médecin accrédité

---

625 Décrets n° 2010-259 à 269, du 11 mars 2010 : JO 16 mars 2010.

626 CE, 16 avril 2012, n° 339110.

examineur décide si une personne remplit les critères pour le traitement non volontaire. En revanche, c'est à l'autorité judiciaire qu'il revient de statuer si les personnes peuvent être traitées d'office. Le recours au tribunal constitue l'option préférée pour remplir cette fonction, grâce à un statut juridique non équivoque. C'est vrai à la condition que le juge n'approuve pas systématiquement la décision médicale. En effet, le risque consiste en des décisions judiciaires en l'absence du malade ou de son représentant, qui confirment la décision médicale sans réflexion ni analyse indépendante. A titre de comparaison, la loi italienne instituant le « traitement sanitaire obligatoire », a concilié le principe existant d'une compétence administrative du maire, avec l'intervention du juge des tutelles. Ce dernier se voit notifier la mesure dans les quarante-huit heures. Il contrôle alors la procédure dans une décision judiciaire susceptible de recours. Cette décision susceptible d'appel, apporte une garantie effective des libertés individuelles. Si l'hospitalisation se prolonge au-delà de sept jours, le juge des tutelles intervient à nouveau. La loi italienne permet également une décision globale, car le juge des tutelles prend également toute mesure nécessaire de protection des biens. En France, la confrontation du patient au juge s'avère protéiforme selon les circonstances. Selon le cas, la personne atteinte de troubles psychiques était déjà confrontée au juge pénal, au juge des tutelles ou au juge civil. Désormais, elle est potentiellement susceptible de rencontrer le juge des libertés et de la détention.

### **§1. Le juge pénal indirectement protecteur de la liberté individuelle du patient.**

Sur des dispositions similaires aux préexistantes, sans publicité préalable, le représentant de l'Etat dans le département doit visiter, au moins une fois par an, les établissements de soins psychiatriques. Il en est de même pour le procureur de la République dans le ressort duquel est situé l'établissement. Le président du tribunal de grande instance ou son délégué visite lui aussi les établissements au moins une fois par an. Il en va en principe de même pour le maire de la commune où est situé l'établissement. Cependant, si les visites n'ont pas lieu, en l'absence de sanctions prévues par la loi, c'est toujours le bon vouloir des autorités concernées qui prévaut. Il est encore trop tôt pour vérifier si la rigueur induite par la judiciarisation modifie cette situation.

Ces dispositions généralement peu abordées sont pourtant importantes en ce qui concerne l'autorité judiciaire, puisque ces visites sont susceptibles de porter un regard singulier. C'est en effet l'occasion de rencontrer patients et professionnels et de vérifier si les conditions de respect de la dignité sont remplies. C'est notamment l'occasion de vérifier l'information dont bénéficient les patients, mais aussi l'effectivité de leurs moyens de communication.

Bien que cela soit rarement invoqué dans le cas des internements psychiatriques, le Code pénal traite spécifiquement des atteintes à la liberté individuelle et notamment de la détention. Ainsi, l'article 432-4 du même code prévoit que, lorsque l'acte attentatoire commis par une personne chargée d'une mission de service public, dans l'exercice de ses fonctions, consiste en une détention ou une rétention d'une durée de plus de sept jours, la peine de réclusion criminelle et d'amende est aggravée. L'abstention volontaire d'une personne chargée d'une mission de service public, devant une privation de liberté illégale, encourt des poursuites prévues à l'article 432-5 du Code pénal. C'est également le cas si elle s'abstient de provoquer l'intervention d'une autorité compétente. Enfin, en cas de maintien d'une privation de liberté, reconnue illégale, le fait de s'abstenir volontairement de procéder aux vérifications ou de transmettre la réclamation à une autorité compétente est puni d'emprisonnement et d'amende.

Il existe aussi des dispositions pénales spécifiques préexistantes dans le Code de la santé publique, qui sont confirmées et adaptées par la loi du 5 juillet 2011, bien que d'utilisations très rares. Elles prévoient l'intervention du juge pénal et constituent aussi une protection pour le patient. Précisément, l'article L.3215-1 du CSP punit d'emprisonnement et d'amende, le directeur d'un établissement qui maintient la mesure de soins psychiatriques, lorsque la levée de la mesure est ordonnée par le représentant de l'Etat ou par le juge des libertés et de la détention. De même, la loi réprime le directeur ou le médecin qui supprime ou retient toute requête ou réclamation, adressée à l'autorité judiciaire ou administrative,

par une personne faisant l'objet de soins sans consentement. Enfin, le directeur qui admet une personne en soins psychiatriques sans avoir obtenu la demande d'admission en soins et les certificats médicaux prévus à cet effet, est passible d'emprisonnement et d'amende. C'est également le cas s'il n'adresse pas les documents prévus au représentant de l'Etat et au JLD dans les délais prescrits. Il peut encore être sanctionné pour un défaut dans la tenue du registre de la loi. Le médecin encourt quant à lui une répression pénale spécifique selon l'article L.3215-4 du CSP, s'il refuse ou omet d'établir dans les délais prescrits les certificats médicaux relevant de sa responsabilité.

Le procureur de la République joue ici un rôle central en plus de sa mission d'inspection et de visite prévue à l'article L.3222-4 du CSP. Le parquet voit transiter toutes les informations lui permettant de suivre les différentes phases de la procédure et d'intervenir, le cas échéant, lorsqu'il constate une infraction à la loi pénale. Le procureur de la République se trouve, de fait, au vu de cette mission de contrôle, investi d'une mission originale de protecteur des libertés en matière psychiatrique. En effet, pour les soins à la demande d'un tiers ou pour péril imminent, le préfet doit informer le procureur dans les trois jours. De même, dans les vingt-quatre heures qui suivent la fin de la mesure de soins, le préfet de département doit en informer le parquet. Enfin, conformément à l'article L.3211-12 du CSP, le procureur de la République peut d'office demander au juge des libertés et de la détention la mainlevée de la mesure d'hospitalisation.

## §2. Un nouveau rôle pour le juge face au malade mental.

La finalité de l'action du juge est, en l'occurrence, de protéger les libertés individuelles des personnes souffrant d'un trouble mental. L'article 66 de la Constitution constitue le premier fondement de l'intervention des juges judiciaires, et en particulier du juge des libertés et de la détention. Le juge doit aussi exercer des missions d'inspection. En vertu de l'article L.3222-4 du CSP, le président du tribunal de grande instance doit visiter périodiquement les établissements accueillant des malades mentaux. Cependant, ce contrôle n'est pas exclusif du juge puisque, comme nous l'avons vu, le procureur de la République veille aussi à la bonne application de la politique de santé mentale. De plus, ce réseau de contrôle ne se limite pas seulement à l'autorité judiciaire *stricto sensu*, qu'il s'agisse de magistrats du siège ou du parquet, mais il inclut aussi d'autres instances telles que la Commission départementale des soins psychiatriques, comprenant un magistrat dans sa composition, ainsi que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. L'intervention judiciaire du JLD dans ce contexte nouveau emprunte à la fois à la logique pénale, champ traditionnel de compétence du JLD, et à la procédure civile qui trouve essentiellement à s'appliquer.

C'est la référence à la « théorie du réseau », qui permet d'évaluer les pouvoirs réels de l'autorité judiciaire face aux troubles mentaux. Le Tribunal des conflits a explicité, dans l'arrêt *Menvielle* du 17 février 1997, les conditions de détournement de la mesure d'internement de sa finalité légale. Le tribunal arbitral a précisé la jurisprudence du Conseil d'Etat, *Dame veuve Fervel* de 1911<sup>627</sup>, et en particulier le rôle respectif du juge administratif et du juge judiciaire. Cette décision indiquait que l'autorité judiciaire était compétente pour contrôler la nécessité d'une mesure de placement d'office en hôpital psychiatrique, ainsi que les conséquences qui en résultaient, alors qu'il revenait au juge administratif d'apprécier la régularité de la décision administrative de placement<sup>628</sup>. Cette jurisprudence du Tribunal des conflits, affirmait qu'il revenait au juge judiciaire, de contrôler un éventuel détournement de la finalité légale de la mesure d'internement. En 1989, le président du Tribunal de grande instance de Libourne<sup>629</sup> a considéré que l'hospitalisation d'office ne pouvait se substituer à une mesure de protection. En 1990, le président du Tribunal de grande instance d'Avignon a considéré, que l'internement psychiatrique d'un individu ayant purgé sa peine, ne pouvait servir à protéger la société à

627 CE, 21 juillet 1911, *Dame veuve Fervel et fils Fervel*, publié au recueil Lebon.

628 TC, 17 février 1997, n°03045, *Menvielle*.

629 TGI de Libourne, ordonnance du 15 juin 1989, *Mlle M*.

titre préventif<sup>630</sup>. De même, la Cour d'appel de Pau<sup>631</sup> a précisé que le régime d'hospitalisation psychiatrique à la demande d'un tiers, ne pouvait se substituer au suivi relevant d'une mesure légale de protection. Ces décisions viennent illustrer la vigilance du juge, face aux tentatives d'utilisation de l'internement psychiatrique à des fins inadéquates. La CEDH apporte également sa contribution et contrôle le détournement de la procédure d'internement de sa finalité légale, en affirmant qu'« une personne ne peut être internée du seul fait que ses idées ou son comportement s'écartent des normes prédominant dans une société donnée<sup>632</sup> ». Ainsi, pour les juges de Strasbourg l'excentricité et la marginalité, ne sauraient justifier l'internement.

La France ne conçoit pas les droits de la défense sans respecter le principe de l'égalité des armes. Il en va de même en droit européen, pour lequel « le droit à un procès équitable implique que chaque partie dispose d'une faculté raisonnable de présenter ses arguments dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation substantiellement désavantageuse à l'égard de son adversaire<sup>633</sup> ». Le juge doit toujours tendre à l'impartialité, qui conditionne la réussite de l'intervention judiciaire<sup>634</sup>. En France, l'exigence de judiciarisation systématique des internements des malades mentaux n'a pas été prise en compte jusqu'en 2011. La liberté de saisir le juge était déjà reconnue *a posteriori* et surtout avec un caractère facultatif. Cependant, l'altération des facultés liée aux troubles mentaux faisait le plus souvent obstacle au droit effectif de recours au juge. En cela, la France se conformait seulement à l'article 13 de la Convention européenne, prévoyant un recours possible devant un juge national si les droits et libertés sont violés, y compris par une autorité officielle dans l'exercice de ses fonctions. La décision de sages du 26 novembre 2010 a bousculé profondément la culture médico-administrative de la psychiatrie publique. Il s'agit pourtant d'une décision qui sert la qualité des soins, dans la mesure où elle respecte la dignité du patient sujet de droits<sup>635</sup>.

Le rôle du juge envers les personnes vulnérables, est de rétablir et d'encadrer une communication acceptable pour tous et notamment entre le malade mental et le tissu économique et social. *A priori*, en présence de personnes vulnérables, cette mission repose peu sur le prestige du juge, sur la solennité de l'audience ou sur la symbolique du lieu. Le juge permet surtout dans ces cas singuliers, en présence de troubles mentaux potentiels, une triangulation dans des rapports humains complexes. L'intervention du juge est le signe pour le malade que la société le considère et qu'il a des droits à faire respecter. Au départ, les pouvoirs publics n'avaient pas prévu cette hypothèse de l'intervention systématique du juge. Ce sont finalement les succès liés aux contentieux individuels des internements qui ont amené à la judiciarisation voulue par le Conseil constitutionnel. Il s'agit là de l'apport positif essentiel de la loi, même imparfait, en matière de respect des libertés individuelles. Ce contrôle judiciaire porte sur le caractère adapté nécessaire et proportionné de la mesure d'internement au regard des critères légaux qui fondent la décision. Le juge européen précise à ce propos que le comportement objectif, observable doit rendre nécessaire la mise sous contrainte psychiatrique. Dans l'affaire *Pleso C/ Hongrie*<sup>636</sup> du 2 octobre 2012, la CEDH a retenu qu'en l'absence de danger imminent pour la santé de l'intéressé, le facteur à prendre en compte est de savoir si un traitement médical peut améliorer l'état de santé du requérant ou empêcher sa dégradation. En l'occurrence, « il incombait aux autorités médicales de ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents liés, d'une part, à l'obligation pour la société de garantir aux personnes ayant des facultés réduites les meilleurs soins de santé possible et, de l'autre, au droit inaliénable de l'individu de maîtriser son destin ». Le patient est en droit de refuser une hospitalisation ou un traitement médical. Il a le droit d'être malade. Ainsi, pour la Cour, « l'hospitalisation

630 TGI d'Avignon, ordonnance du 31 juillet 1990, M.G.L.

631 CA de Pau, 1ère chambre, 18 mars 2008, n°08/00679, *Jabol c/ Centre Hospitalier des Pyrénées*.

632 CEDH, 24 octobre 1979, Req n° 1/1978/24/39, affaire *Winterwerp c/Pays-Bas*.

633 CEDH, 30 juin 1959, Req n°434/58, affaire *Szwabowicz c Suède*.

634 FOSSIER. T, Vice-président du Tribunal de grande instance de Grenoble, *Droits de la défense et personnes vulnérables*, Revue de science criminelle, 1998 p. 57.

635 Dr LABRIOLLE. P, « Méditations iconoclastes sur la décision du Conseil Constitutionnel du 26 novembre 2010, sur l'HDT », CRPA, 29 novembre 2010.

636 CEDH, 2 octobre 2012, Req n°41242/08, affaire *Pleso C/ Hongrie*, Cour européenne des droits de l'homme / note d'information n°156, octobre 2012.

non volontaire ne peut être utilisée qu'en dernier recours, faute de solution moins intrusive ». Pour autant, il ne s'agit toujours pas d'une décision initiale d'internement prise par le juge et conforme à la recommandation du comité des ministres, du Conseil de l'Europe<sup>637</sup>. Cette irruption du juge dans le dispositif ne correspond pas du tout à une volonté du pouvoir exécutif, au contraire, celui-ci a été contraint de l'intégrer suite à la censure du juge constitutionnel. La loi prévoit en effet, à l'article L.3211-12-1 du CSP, que « l'hospitalisation complète d'un patient ne peut se poursuivre sans que le juge des libertés et de la détention, préalablement saisi [...] n'ait statué sur cette mesure ». Le juge des libertés intervient seulement au quinzième jour d'hospitalisation complète et ce délai est considéré comme beaucoup trop tardif par nombre de détracteurs qui préconisaient une intervention immédiate. Le Conseil constitutionnel a estimé que le délai de quarante-huit heures, imposé en matière de rétention administrative ou de garde à vue, n'était pas transposable à l'hospitalisation sans consentement. Il s'est appuyé en l'occurrence, pour justification, sur des considérations sanitaires et cliniques,

D'un point de vue pratique, deux siècles d'internements administratifs ont fortement conditionné la culture et les pratiques du monde de la psychiatrie. Les personnels administratifs, les psychiatres et les soignants étaient habitués à des privations de liberté appliquées « par habitude », répondant à une simple conformité des justificatifs. Ces acteurs ont rencontré certaines difficultés pour saisir la portée réelle et les conséquences de l'irruption du juge judiciaire et de l'avocat dans leur pratique, dans un débat public et contradictoire. En effet, rares sont les professionnels de la psychiatrie qui percevaient la différence de nature juridique, entre l'autorité administrative du représentant de l'Etat, et celle du juge indépendant gardien des libertés. Les professionnels de psychiatrie ne mesuraient pas plus la portée hautement symbolique de l'intervention d'un magistrat ayant rang de président ou vice président de TGI dans le domaine des libertés. Au contraire, certains communiqués peu argumentés assimilaient toujours juge et condamnation pénale. Le JLD n'intervient pas pour juger de la culpabilité d'une personne, mais comme garant de sa liberté. Il ne juge pas non plus, comme on l'entend s'exprimer parfois de la folie d'une personne. Il rend après audition, une ordonnance de maintien ou de mainlevée d'une procédure de privation de liberté. De ce point de vue, la judiciarisation, avec l'ensemble de ses principes tels que publicité et contradictoire, constitue une réelle avancée qui dépassera le seul aspect de la liberté d'aller et venir. De fait, la judiciarisation de l'internement entraîne progressivement la rupture avec l'impunité des pratiques administratives acquises dans le cadre des lois de 1838 puis de 1990. Le juge des libertés est désormais appelé à examiner et apprécier la violence du soin sous contrainte, face à la violence d'un abandon. Il apprécie, non plus la légitimité, mais l'opportunité de la contrainte, en évaluant le bénéfice et le risque. Il évalue ainsi le niveau de violence imposé au patient. Avec cette nouvelle approche et par extension, les équipes doivent interroger leurs pratiques et réfléchir aux éventuels abus de pouvoir, en termes de restrictions de liberté, en général. Cela dit, le dispositif reste critiqué. Comme le souligne l'association Groupe Information Asile<sup>638</sup>, la décision du Conseil Constitutionnel « implique une garde à vue psychiatrique de quinze jours avant que la personne psychiatisée puisse s'exprimer devant un juge judiciaire ». Ce délai est considéré comme un travers important du texte, car il constitue une limite à la judiciarisation en ôtant toute possibilité de recours avant le quinzième jour. Ce délai constitue toujours pour certains une atteinte à la liberté fondamentale d'aller et venir consacrée par le Conseil constitutionnel en 1979<sup>639</sup>. Cette appréciation s'avère d'autant plus fondée si le patient a de plus subi un traitement forcé pendant cette période. En dehors de cette réserve, certes forte, il conviendra de prendre garde à ne pas tenter un « faux procès » à la judiciarisation. Une remise en cause de l'indépendance du juge constituerait en l'occurrence une faute grave d'appréciation. En revanche, nous pouvons déplorer les conditions concrètes dans lesquelles il devra statuer. Nous verrons à ce propos le contenu et les suites concrètes des audiences et des échanges contradictoires.

---

637 RECOMMANDATION REC(2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux et son exposé des motifs adoptée par le Comité des Ministres le 22 septembre 2004 lors de la 89 réunion des Délégués des Ministres.

638 Communiqué du GIA, Paris, 29 novembre 2010.

639 CC, décision du 12 juillet 1979, n°79-107 DC, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales (Ponts à péage).

### §3. L'intervention du juge des libertés et de la détention dans une procédure civile particulière.

Le fait que l'intervention du juge se déroule sans connotation pénale, mais lors d'une procédure civile, doit être constamment rappelé pour combattre l'interprétation péjorative de l'intervention du juge. C'est bien de la privation de la liberté d'aller et venir dont il est question, et ce quelle que soit son origine. Pour effectuer le contrôle, le juge doit se référer aux principes édictés par le Conseil constitutionnel. Il doit vérifier si l'atteinte à la liberté du patient résultant de la mesure d'hospitalisation sous contrainte est effectivement adaptée, nécessaire, et proportionnée aux objectifs poursuivis. Pour une mesure de soins, sous la forme d'une hospitalisation complète sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent, il devra vérifier si elle est à la fois nécessaire et proportionnée, au vu des deux critères légaux. Il s'agit précisément, d'apprécier l'impossibilité de consentir en raison des troubles mentaux, imposant des soins assortis d'une surveillance constante. Pour une mesure de soins sur décision du représentant de l'Etat, il devra vérifier si elle est nécessaire et proportionnée au regard de l'existence de troubles mentaux nécessitant des soins et compromettant la sûreté des personnes ou portant atteinte de façon grave à l'ordre public. Un des JLD près le Tribunal de grande instance de Paris a accepté d'évoquer anonymement son activité dans le cadre de la loi du 5 juillet 2011<sup>640</sup>. Indépendamment du contenu des certificats médicaux, il énumère les critères de décision favorables à une mainlevée. Ainsi, selon ce magistrat, une contradiction entre le contact du juge avec le patient et l'avis conjoint des psychiatres sera un élément favorable. De même, l'amélioration réelle de l'état du patient depuis le dernier certificat médical, l'adhésion aux soins spontanée et naturelle, et enfin un discours argumenté et sincère, seront des facteurs favorables à une décision de mainlevée.

Les dispositions de droit commun prévues à l'article L.3211-12-1 du CSP, prévoient une intervention du juge de plein droit systématique, sans que le patient soit demandeur. Dans un premier cas, le juge intervient suite aux décisions du directeur d'établissement. S'il n'a pas statué dans les quinze jours suivant la décision du directeur d'établissement, le juge peut ordonner une mainlevée. C'est également le cas s'il a estimé que les conditions d'un débat contradictoire n'étaient pas remplies. Il peut cependant retenir des circonstances exceptionnelles à l'origine de la saisine tardive. Une nouvelle mesure de soins psychiatriques peut alors être prise, sous la forme d'un programme de soins, pour assurer la continuité des soins. Les critères d'entrée dans le dispositif doivent toujours être remplis. Dans ces circonstances, le directeur doit prendre une décision conforme à ce programme.

Dans un deuxième cas, en hospitalisation complète, le juge intervient suite aux décisions du préfet. Le juge intervient également en cas de mesure concernant une personne détenue. Dans ce dernier cas, la mainlevée implique un retour en détention. Enfin, l'intervention peut avoir lieu suite à déclaration d'irresponsabilité pénale. Dans ce cas, il s'agit de décisions de soins sans consentement à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale, intervenue sur la base de l'article 706-135 du Code de procédure pénale ou bien de décisions du représentant de l'Etat prises sur le fondement de l'article L.3213-7 du CSP. L'article L.3211-12 du CSP prévoit toujours un recours facultatif. Il s'agit de l'unique cas où le juge est compétent pour les soins sans consentement ambulatoires. L'article L.3211-12 du CSP dispose que le juge des libertés et de la détention peut être saisi à tout moment, aux fins d'ordonner à bref délai la mainlevée immédiate d'une mesure de soins psychiatriques, quelle qu'en soit la forme. Les patients intéressés ou les personnes habilitées à agir dans leur intérêt, peuvent toujours exercer un recours facultatif à l'encontre d'une mesure de soins sans consentement. Ce recours facultatif en vue de sortie immédiate a été étendu et peut désormais être formé quelle que soit la forme des soins contraints : hospitalisation complète et soins ambulatoires. A propos des délais lors d'un recours facultatif, la Cour de cassation<sup>641</sup> juge sévèrement une durée de dix jours supplémentaires, mise par le juge des libertés et de la détention pour rendre sa décision. Dans cette affaire, le premier président de la Cour d'appel a violé l'article R.3211-9 du CSP, les articles 5-2, 5-4 et 6 de la Convention européenne et l'article 224-1 du Code pénal. Pour la Cour, l'internement sortait de tout cadre légal et

---

640 Le Psy Déchaîné n° 07- août 2012, Interview d'un JLD, [www.affep.fr](http://www.affep.fr)  
641 641 Cass. Civ. 1ère, 27 février 2013, n° 11-20405. Publié au bulletin.



constituait le délit de séquestration. Les délais impartis au JLD pour statuer sont donc obligatoires et pas indicatifs. Pour obtenir un délai plus important, le JLD doit alors ordonner une expertise du patient. Ce recours est théoriquement possible dès l'entrée dans les soins contraints, mais dans ce cas, il va rentrer en concurrence avec l'intervention du juge de plein droit. En effet, si le juge, est saisi au titre du contrôle systématique à l'échéance de quinze jours et parallèlement suite à l'exercice du recours en vue de sortie immédiate prévu par l'article L.3211-12, il a la faculté de se prononcer sur ces deux recours par une même décision<sup>642</sup>. Il statue alors suivant la procédure applicable au contrôle de plein droit<sup>643</sup>. Le patient peut toutefois avoir intérêt à exercer ce recours d'emblée, puisque dans ce cas le juge la considèrera différemment. Cette disposition demeure le recours le plus efficace pour le patient, car il est mis en œuvre non pas de manière passive, mais sur sa propre demande motivée et argumentée.

Le JLD a la possibilité de se saisir d'office à tout moment dans le cadre de l'article L.3211-12 du CSP. Cette auto saisine peut également intervenir à l'initiative de toute personne. C'est le cas lorsque toute personne intéressée porte à la connaissance du magistrat, les informations qu'elle estime utiles, sur la situation d'une personne faisant l'objet d'une mesure de soins contraints. Ce cas de saisine d'office est censé suppléer à la lenteur ou à la carence éventuelle des parties intéressées.

La loi prévoit enfin, à l'article L.3213-5 du CSP, une saisine particulière du juge au-delà du quinzième jour d'hospitalisation complète. Il s'agit des cas déjà envisagés où le représentant de l'État n'ordonne pas la levée d'hospitalisation complète, alors que deux psychiatres attestent leur désaccord par un certificat médical. Cette disposition s'applique évidemment à tout moment, mais en dehors de la période de contrôle de plein droit après le quinzième jour d'hospitalisation complète

#### **§4. Unification de la procédure du contentieux de l'internement et réparation du préjudice.**

Historiquement, le dualisme juridictionnel reposait sur une recherche d'équilibre, entre les Parlements de l'Ancien régime et le pouvoir administratif. Précisément, les révolutionnaires de 1789 ont interdit au juge judiciaire de « troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, (ou de) citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions<sup>644</sup> ». Plus tard, le constituant a limité les prérogatives de la juridiction administrative, en attribuant au juge judiciaire la fonction de « gardien de la liberté individuelle », prévue à l'article 66 de la Constitution.

Le juge constitutionnel considère depuis 1989 que le législateur peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein d'un ordre juridictionnel. La doctrine est pour sa part partagée à ce sujet. Certains auteurs soutiennent fermement le principe de séparation des juridictions administratives et judiciaires. D'autres reconnaissent au juge judiciaire la capacité d'apprécier la légalité d'un acte administratif s'il est à l'origine d'une privation de liberté. Cette reconnaissance est pour les uns générale et de principe, et pour d'autres elle est réservée à l'hypothèse exclusive de la voie de fait. La compétence exclusive du juge administratif, pour l'annulation des actes de la puissance publique, constituait un principe fondamental reconnu par les lois de la République<sup>645</sup>. Mais, la protection de la liberté d'aller et venir constitue également un principe fondamental reconnu par les lois de la République, qui trouve sa place à l'article 66 de la Constitution. D'ailleurs, les décisions du Conseil constitutionnel, intervenues en 1987<sup>646</sup> et 1989<sup>647</sup>, pouvaient laisser supposer la compétence exclusive du juge judiciaire en matière de liberté individuelle. Cependant, le juge constitutionnel a admis une nuance selon laquelle la garantie effective des droits des intéressés

---

642 Art L.3211-12-3 du CSP.

643 Art L.3211-12-1 du CSP.

644 DUVERGIER. J-B, *Art. 13 du Titre II de la loi des 16 et 24 août 1790, interdiction réitérée par le décret du 16 fructidor an III (2 sept. 1795) selon lequel « défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit »*, collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat, 1834, T. 1er, p. 312.

645 CC, décision n° 86-224 DC 23 janvier 1987, § 15.

646 CC, décision du 23 janvier 1987, n° 86-224-DC, Conseil de la concurrence.

647 CC, décision du 28 juillet 1989, n° 89-261-DC.

peut être satisfaite, aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative. Le Conseil constitutionnel a rappelé que la réserve de compétence du juge administratif doit s'exercer en dehors des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire. Pour autant, il n'a pas remis en cause formellement la dualité. En matière d'hospitalisation psychiatrique, les juges de Strasbourg et les sages de la rue Montpensier sont unanimes. Ils s'accordent à dire que le dualisme juridictionnel perturbe et complexifie la protection de la liberté individuelle des personnes concernées. La CEDH a toléré cette dualité par respect de la souveraineté des États. Quant aux sages, ils ont nuancé leur position par respect de la Constitution. Pour le juge constitutionnel, même si le partage du contentieux de la légalité, entre les deux ordres de juridiction, est problématique, il reste toutefois conforme à la Constitution. Les sages, conscients de l'ambiguïté de leur position, ont cependant reconnu au législateur la faculté d'opérer dans certains cas, une unification du contentieux devant un seul ordre de juridiction. Le Conseil constitutionnel, a admis une première fois en 2001 l'unification du contentieux, à propos du séjour des étrangers. En résumé, l'unification est une possibilité, seulement lorsque l'application d'une législation ou réglementation spécifique, pourrait engendrer des contestations qui se répartiraient entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire.

Les établissements psychiatriques ne peuvent obliger une personne majeure à suivre un traitement et à demeurer à l'hôpital en dehors des procédures administratives d'internement<sup>648</sup>. En conséquence, en l'absence de tout élément d'autorisation légale, le maintien contraint d'une personne dans un service de psychiatrie constitue une voie de fait. Le Conseil d'Etat<sup>649</sup> considérait de manière très restrictive, qu'une personne majeure, présentant des signes de maladie mentale, pouvait être retenue contre son gré dans un établissement d'hospitalisation sans décision légale. La personne pouvait être retenue uniquement pendant le temps strictement nécessaire à la mise en oeuvre des mesures légales d'internement. En dehors de ces cas de figure précis, l'administration commet une voie de fait et se place en dehors de son cadre normal d'intervention. La voie de fait entraîne l'incompétence du juge administratif au profit du juge judiciaire pour l'appréciation de sa responsabilité au vu des dommages imputables à son activité. Dans ce cas particulier de l'internement psychiatrique, l'autorité judiciaire devenait compétente pour réparer intégralement l'ensemble du préjudice, ce qui comprend aussi le préjudice qui découle de fautes de service accompagnant la voie de fait.

Auparavant, seul le juge judiciaire était compétent pour se prononcer sur le bien-fondé d'une mesure d'internement d'office. Il s'agit de la procédure de référé toujours prévue à l'article L.3211-12 du CSP. Toutefois, d'un point de vue théorique, le juge des référés administratif pouvait être saisi valablement de la demande de suspension, d'une mesure d'internement d'office. Prévu, en vertu de l'article L.521-1 du Code de justice administrative, ce contrôle restait cependant limité à la légalité externe de l'acte administratif. De plus, les critères de mise en oeuvre étaient très restrictifs. Le contexte clinique de l'internement, ne permettait pas de réunir à la fois les conditions d'urgence, et d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, qui auraient permis l'intervention rapide du juge administratif. Le tribunal des conflits a déterminé le découpage entre les juridictions judiciaires et administratives dans l'arrêt *Machinot* du 6 avril 1946<sup>650</sup>. Le litige concernait en l'occurrence l'application de la loi de 1838. La constatation d'une illégalité externe d'un acte administratif pouvait conduire à l'annulation des décisions d'internement, cependant le juge administratif ne pouvait pas prononcer la sortie immédiate du patient. La « nullité » de la procédure devait être ensuite sanctionnée par le juge judiciaire pour entraîner la mainlevée effective. La procédure, devait être diligentée rapidement pour satisfaire aux exigences procédurales de « bref délai », ce qui n'était quasiment jamais le cas. La personne internée devait se livrer à un parcours d'obstacles judiciaire particulièrement long et compliqué. Elle devait saisir les deux ordres de juridiction d'une requête en annulation pour l'un, et d'une requête aux fins de sortie immédiate, pour l'autre. Enfin, elle devait engager en sus, une

648 STIRN. B, commissaire du gouvernement, *Le maintien d'une personne contre son gré dans un établissement psychiatrique en dehors des procédures légales constitue une voie de fait*, AJDA 1990 p. 54.

649 VAREILLE. F, administrateur civil, *Etablissement d'hospitalisation public. Responsabilité. Malade mental. Absence de titre permettant l'hospitalisation. Cons. D'Etat 18 octobre 1989, Mme B*, Revue de droit sanitaire et social, 1990 p. 343.

650 T C, 6 avril 1946, *Machinot c. Préfet de police*, publié au recueil Lebon p. 326.

procédure de référé-suspension. Evidemment, le patient atteint de troubles mentaux, mal informé, avait beaucoup de mal à faire face à ce droit d'experts. Devant cet état de fait, en 2006, l'avocat J. Coelho<sup>651</sup> proposait que le juge judiciaire devienne globalement compétent, non seulement pour l'internement lui-même, mais également pour la réparation des dommages consécutifs. Le dualisme juridictionnel et sa complexité constituaient un obstacle de fait, empêchant les hospitalisés d'accéder à la réparation. Les plaignants devaient d'abord faire reconnaître l'irrégularité de la décision de placement par la justice administrative, pour ensuite faire chiffrer les dommages par le juge judiciaire.

Le dualisme de juridiction dans la décision d'internement reposait sur un principe classique. Tout acte pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ne peut être annulé et réformé que par la juridiction administrative. Dans le même temps, la mise en œuvre de cette mesure privative de liberté devait être contrôlée par le juge judiciaire, garant de la liberté, selon l'article 66 de la Constitution. Le dualisme juridictionnel répondait à deux exigences légitimes, mais contradictoires. Il s'agissait de protéger la santé des personnes en état de fragilité psychique, donc vulnérables, tout en prenant en compte les désordres potentiels qu'ils pouvaient créer. Il fallait répondre aux exigences de police administrative permettant de préserver l'ordre public. L'affaire *Donnadieu c France* a mis en évidence devant la CEDH<sup>652</sup> l'impact négatif de la double compétence judiciaire et administrative au regard de l'exigence de « bref délai ». Dans cette affaire emblématique, le plaignant contesta son internement devant le tribunal administratif, dans le cadre d'une procédure en annulation, et demanda réparation devant le tribunal de grande instance pour le préjudice subi. La procédure plus rapide devant le Tribunal de grande instance, amena ce dernier à ordonner le sursis à statuer sur l'intégralité de la demande du requérant, en attendant une décision définitive du tribunal administratif sur la requête en annulation. La CEDH a constaté dans cette situation une durée de procédure administrative supérieure à six ans. Elle a estimé que malgré les différentes questions à résoudre, ces dernières ne représentaient pas une complexité justifiant un retard particulier. Au vu de cette durée anormale, la Cour a estimé qu'il y avait violation de l'article 6-1 de la Convention. Dans l'affaire *Baudoin*, la CEDH a estimé que le « droit au recours effectif » n'était pas rempli. En l'espèce, une personne qui obtient l'annulation de la décision administrative d'internement, sans obtenir sa libération du juge judiciaire, ne peut pas être considérée comme ayant bénéficié de ce droit. La décision de Conseil constitutionnel du 26 novembre 2010 a constitué une incitation supplémentaire en vue de l'unification du contentieux de l'hospitalisation psychiatrique. En l'espèce, le juge constitutionnel a considéré que si les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas compétentes pour apprécier la régularité de la procédure et de la décision administrative, pour autant la dualité des ordres de juridiction ne limite pas leur compétence pour apprécier la nécessité de la privation de liberté en cause. La Commission des lois du Sénat s'est appuyée sur la position des sages pour proposer un amendement, afin que ce contentieux des soins psychiatriques sans consentement, relève exclusivement de l'autorité judiciaire<sup>653</sup>. Cette possibilité prend source dans la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987<sup>654</sup> qui permet de déroger à la compétence exclusive du juge administratif. Une dérogation, en matière d'annulation et de réformation des actes de puissance publique est admise, lorsque c'est nécessaire pour la bonne administration de la justice. C'est donc sous l'influence convergente, de la CEDH et du juge constitutionnel, que le législateur a dû unifier les compétences juridictionnelles dans la loi du 5 juillet 2011.

L'irrégularité affectant une décision administrative de soins sans consentement entraîne la mainlevée de la mesure s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet. Lorsque le Tribunal de grande instance est saisi pour statuer sur l'indemnisation des conséquences dommageables, résultant des décisions administratives illégales, il peut connaître à cette fin des irrégularités de ces dernières. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, les illégalités externes peuvent être soulevées

---

651 COELHO. J, *Hospitalisation sous contrainte, plaider pour une réforme*, Revue de Droit sanitaire et Social n°2 mars-avril 2006. p. 259.

652 CEDH, 27 février 2001, Req n° 39066/97, affaire *Donnadieu c. France*, Double juridiction et délai déraisonnable.

653 Amendement n° 34 présenté par M. Lecerf, JO Sénat, CRI, séance du 13 mai 2011.

654 CC, *décision du 23 janvier 1987*, n° 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*, in L. Favoreu et L. Philip. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 15e éd, 2009.

devant le juge judiciaire. Le législateur a voulu ainsi protéger les libertés individuelles des personnes contre l'arbitraire de l'administration. Cet objectif s'illustre par le formalisme imposé aux mesures psychiatriques privatives de liberté. En conséquence, la violation du formalisme légal porte une atteinte aux droits et aux libertés individuelles des patients, et donc les illégalités soulevées entraînent la nullité juridique des mesures. Depuis la réforme du 5 juillet 2011, les juges des libertés sont nombreux à s'être reconnus globalement compétents tant sur le fond que sur la forme, en les considérant comme indissociables. La plupart des avocats délaissent d'ailleurs le fond, pour dénoncer uniquement la forme, et donc démontrer la « voie de fait ». Le JLD du Tribunal de grande instance de Strasbourg<sup>655</sup> a motivé une mainlevée en soulignant dans un premier temps qu'il n'appartient pas au juge judiciaire de se prononcer sur la régularité des décisions administratives. En revanche, il lui appartient, en qualité de gardien de la liberté individuelle, de vérifier que la procédure a été régulièrement mise en œuvre. Ensuite seulement, il lui revient d'apprécier si l'hospitalisation décidée sans le consentement du malade se justifiait. Il s'agissait d'une décision d'admission du directeur différée de huit jours par rapport à la date réelle d'entrée. Cette jurisprudence n'est pas unique et montre que bien avant l'unification effective du contentieux de l'internement. Le juge des libertés a régulièrement considéré qu'il était compétent pour juger de la forme, dans la mesure où celle-ci impacte le respect des libertés. Dans une décision du 26 janvier 2011, la Cour de cassation a considéré que peu importait le bien ou le mal fondé de l'internement, dès lors qu'il avait été annulé par la juridiction administrative, le privant ainsi de base légale. Cet arrêt, reprenait une décision antérieure de la Cour du 23 septembre 2004. Le 16 juillet 2012, le Conseil d'Etat<sup>656</sup> a admis la compétence exclusive du JLD au détriment du juge administratif, pour les mesures de soins sans consentement. En l'occurrence, le préfet avait décidé la prise en charge en hospitalisation complète, après un programme de soins sans consentement ambulatoires. Par la suite, le délégué du premier président de la Cour d'appel de Rennes a statué en appel et a ordonné la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète. Le préfet a alors décidé, la prise en charge de la patiente, sur la base d'un nouveau programme de soins, prévoyant l'administration d'un traitement médicamenteux à l'hôpital. Le médecin a décidé d'accroître le dosage de ce médicament mais la patiente s'y est opposée. Cette dernière a alors saisi le juge des référés sur le fondement de l'article L.521-2 du Code de justice administrative, en invoquant l'atteinte grave et manifestement illégale que cette mesure porterait à ses droits de donner son consentement à un traitement médical. Le juge administratif des référés a alors enjoint au centre hospitalier de ne pas procéder à l'augmentation de dosage envisagée. L'hôpital a fait appel de cette ordonnance et confirmé que l'état de santé de la patiente requérante rendait nécessaire cette augmentation de dosage. Le Conseil d'Etat saisi, s'est appuyé sur la décision du 20 avril 2012 du Conseil constitutionnel et sur les articles L.3211-2-1, L.3212-1 et L.3213-1 du CSP. Il a rappelé qu'aucune mesure de contrainte ne peut être mise en œuvre, à moins que la personne ne soit prise en charge, sous la forme d'une hospitalisation complète. A cette occasion, le Conseil d'Etat a remis en évidence, l'ambiguïté juridique des programmes de soins sans consentement ambulatoires, qui ne permettent pas de contrainte tout en étant obligatoires. Le juge administratif a considéré à cette occasion, que le législateur a donné compétence à l'autorité judiciaire, pour apprécier le bien-fondé de toutes les mesures de soins psychiatriques sans consentement. Cette compétence est retenue que les mesures portent atteinte à la liberté individuelle ou non. Selon cette définition de la Haute juridiction administrative, l'appréciation de la nécessité des décisions médicales, comme de la capacité des personnes à y consentir, sont étroitement liées à celle du bien-fondé des mesures elles-mêmes. En conséquence, le juge administratif n'est pas compétent pour connaître du bien-fondé de ces décisions. La juridiction administrative a lié les décisions à caractère médical à la mesure initiale d'admission, en soins psychiatriques sans consentement. A propos du traitement médicamenteux, le Conseil d'Etat a déclaré l'incompétence de la juridiction administrative pour statuer sur la contestation émise par une patiente, soumise au régime des soins psychiatriques sans consentement. Avant l'échéance, fixée par le législateur, les juges du Palais royal ont ainsi validé l'unification du contentieux global de l'internement devant le juge judiciaire. Se faisant, ils ont accru la marginalisation de la compétence du juge administratif, en matière d'internement.

---

655 TGI de Strasbourg, ordonnance du JLD, 24 novembre 2011.

656 CE, Juge des référés, 16 juillet 2012, n° 360793.

Dès le 5 juillet 2011, des mainlevées ont été acquises sur la base de l'article 5-1 de la Convention européenne, pour des nullités de forme qui entachaient le processus d'admission. En l'occurrence, les juges retiennent qu'il appartient à celui qui décide de l'internement, de vérifier que les conditions sont remplies et que les droits du patient sont respectés. En début d'année 2013, le JLD du Tribunal de grande instance de Versailles a prononcé plusieurs mainlevées, aidé en cela par un barreau très offensif. Il s'est prononcé, au vu du défaut de notification et du défaut d'information sur les droits et sur les voies de recours, avec pour conséquences un défaut de débat contradictoire sur la mesure de contrainte. Il est à noter à ce propos, que des contrats d'assurance spéciaux peuvent être souscrits par les établissements de santé mentale, qui garantissent également les erreurs administratives. Ils visent notamment les erreurs relatives aux modalités d'hospitalisation sans le consentement. Suite à cette unification, le juge D. Peyron<sup>657</sup> anticipe une évolution à venir du contentieux. Selon lui, en supprimant le contrôle de régularité formelle par le juge administratif, les avocats seront amenés à privilégier les conditions de forme au détriment des conditions de fond. Une clarification de la procédure et une plus grande rigueur de tous les protagonistes dans leur mission respective s'avère nécessaire.

En termes de préjudice, la violation de la liberté d'aller et venir entraîne des souffrances psychologiques pour son titulaire et donc un préjudice moral, mais pas seulement. L'importance sociale de la violation de la liberté individuelle est également bien présente. A ce propos, le Tribunal de grande instance de Paris<sup>658</sup> a rendu une décision édifiante en allouant des dommages et intérêts, pour une durée d'un mois d'internement abusif, en hospitalisation d'office. Bien que la situation se situait dans le cadre de la loi de 1990, ce jugement préfigurait déjà l'issue des contentieux indemnitaires à venir consécutifs à des mainlevées pour admissions illégales. Le juge a également pris en compte le préjudice de souffrance morale et physique lié à la privation de liberté. Il a indemnisé le patient sur la base d'une atteinte à la vie privée, caractérisée par l'impossibilité de se livrer à des activités habituelles. En conséquence, quel que soit le moyen justifiant la mainlevée, il est possible de conclure qu'un patient faisant l'objet d'une mainlevée au quinzième jour, sur la base d'une admission illégale, peut se voir indemnisé, au titre du préjudice créé par quinze jours d'internement. La réparation des conséquences préjudiciables d'une privation de liberté semble bien inhérente à la violation d'une liberté fondamentale. La victime ne serait donc pas tenue d'apporter la preuve qu'elle a subi un préjudice pour bénéficier d'une indemnisation. Il y a bien, de ce point de vue, une présomption de préjudice attachée à l'atteinte illicite aux libertés individuelles. La Cour de cassation<sup>659</sup> a d'ailleurs consacré dès 2010, l'automaticité de la réparation, au vu de l'annulation de l'acte administratif. Elle considérait que l'annulation par le juge administratif, des arrêtés préfectoraux ordonnant l'hospitalisation d'office, constituait le fait générateur de l'obligation à indemnisation de l'atteinte à la liberté individuelle. L'hospitalisation d'office se trouvait, en l'espèce, privée de tout fondement légal et dès lors, le patient intéressé disposait contre l'Etat d'une créance en responsabilité, au vu des conséquences dommageables des irrégularités ayant entaché les mesures de placement.

Le contentieux indemnitaire consécutif aux hospitalisations irrégulières est désormais simplifié et beaucoup plus rapide. Les postes de préjudice indemnisables sont de plus exhaustifs. Le 5 décembre 2012, la Cour de cassation<sup>660</sup> a conclu que les requérants en hospitalisation d'office irrégulière, pouvaient prétendre à l'indemnisation de l'entier préjudice, occasionné par l'atteinte à leur liberté. La Cour de cassation reprenait ainsi, une décision antérieure du 23 juin, dans laquelle la Haute juridiction judiciaire sanctionnait la minoration d'une indemnisation consécutive à un internement. Cette mesure avait été annulée pour illégalité, par la juridiction administrative, au motif de la pathologie mentale du requérant. Une fois l'annulation acquise, c'est bien la réparation de l'ensemble des préjudices, issus de l'internement irrégulier, qui est due. Dans une autre décision du 19 décembre 2012, la Cour de

---

657 « La psychiatrie, les libertés et la loi : quelle place pour le juge? » Soins Psychiatrie n°281, juillet-août 2012. p. 28.

658 TGI de Paris, 17 octobre 2012, RG 11/12844.

659 Cass, 1re ch. Civ, 31 mars 2010, n° 09-11.803.

660 Cass, 1e ch. Civ, 5 décembre 2012, n°11-24527.

Cassation<sup>661</sup> a précisé l'étendue des acteurs concernés. Elle a retenu que toute personne physique ou morale qui apportait son concours à une mesure privative de liberté individuelle, annulée pour illégalité, engageait sa responsabilité au titre du préjudice subi. L'annulation des décisions administratives prive cette même mesure d'hospitalisation d'office de tout fondement légal. Il s'agit donc d'une atteinte portée à la liberté individuelle qui ouvre droit à réparation du préjudice entier, et ce indépendamment du bien ou mal fondé de la mesure. La décision de la Cour d'appel faisant l'objet du recours, qui limitait le droit à réparation au seul préjudice moral, violait les dispositions des articles 5-1 et 5-5 de la Convention européenne. Elle violait également l'article 1382 du Code civil.

Cette unification du contentieux, devant le juge judiciaire rend beaucoup plus faciles les recours en indemnisation. Le Tribunal de grande instance de Paris<sup>662</sup> a statué le 23 janvier 2013, à propos de l'indemnisation, d'une hospitalisation d'office abusive de dix-neuf jours. Cette mesure avait été initiée par un arrêté municipal provisoire et confirmée par le représentant de l'Etat. Dans ce cas, le Tribunal de grande instance est intervenu après l'annulation des décisions par la juridiction administrative. Bien qu'il s'agisse d'une situation prenant source dans l'ancienne loi, ce jugement à visée indemnitaire paraît toutefois transposable aux décisions sur demande de tiers, et en cas de péril imminent, dans le cadre de la nouvelle loi du 5 juillet 2011. Cette décision permet d'envisager le risque juridique couru par l'Etat et l'établissement, dans l'hypothèse où un patient initie un processus de défense active, avec un avocat connaissant bien le contentieux. Le tribunal a tout d'abord rappelé les dispositions de l'article 5-5 de la Convention européenne précisant que « nul ne peut être privé de sa liberté hors les cas où les voies légales ». Sur ce fondement, le tribunal juge que « les personnes morales ou physiques, qui concourent chacune à l'internement, ont l'obligation de vérifier si les conditions requises sont respectées ». Il s'agit ici évidemment à la fois des conditions de forme et de fond. De plus, toutes les personnes concourant à la situation sont concernées. On peut en conclure qu'un établissement de soins serait mis en cause dans les cas où le directeur est décisionnaire. La demande en indemnisation du patient reposait sur les dispositions de l'article 5-5 de la Convention européenne, énonçant que « toute personne victime d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation ». En l'occurrence, un certificat médical faisait défaut. De plus, l'intéressé n'avait pas été mis en mesure de présenter les observations, sans que la preuve d'impossibilité de les recueillir soit apportée. Le tribunal a constaté l'absence de décision qui fonde légalement la décision d'hospitalisation. Dès lors les juges ont reconnu le fondement de la demande d'indemnisation, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'hospitalisation était médicalement justifiée et nécessaire. Comme pour les décisions de mainlevée par le juge des libertés, qui peuvent intervenir uniquement sur des conditions de forme, le tribunal confirme que le seul défaut formel de procédure justifie bien l'indemnisation. L'obligation de réparation pèse alors solidairement sur l'ensemble des personnes ayant concouru à l'internement sur des bases illégales. Au nombre des préjudices retenus figure le défaut de notification des droits prévus à l'article L.3211-3 du CSP. En l'espèce, aucun document justificatif pouvant démontrer que cette obligation était remplie n'a pu être produit. Le préjudice financier a été également retenu et indemnisé. La Cour d'appel de Paris<sup>663</sup> permet de cerner la logique des juges d'appel, dans sa décision du 23 janvier 2013. Elle prend en considération le défaut de notification et donc d'information du patient, sur les mesures qui le concernent, au regard des délais de prescription. D'autre part, le préjudice est reconnu et devient indemnisable au vu de l'annulation des mesures administratives. La seule illégalité des mesures l'emporte sur le bien ou du mal fondé psychiatrique. En extrapolant une telle décision, le patient interné et son avocat peuvent assortir utilement des décisions de mainlevée de procédures indemnitaires, dans le cadre actuel de la loi du 5 juillet 2011. L'unification du contentieux constitue donc un progrès certain malgré la succession et l'empilement des mesures d'admission et de séjour. L'unification du contentieux, répond enfin à la jurisprudence de la CEDH, en supprimant apparemment tout fondement au dualisme juridictionnel. Cependant, une double intervention du représentant de l'Etat et du juge

---

661 Cass, 1e ch. Civ, 19 décembre 2012, n°11-22485.

662 TGI de Paris, 1e ch. Civ, 23 janvier 2013, n° RG11/13619.

663 CA de Paris, 23 janvier 2013, n° RG 11/16133.

subsiste toujours dans la législation. C. Castaing<sup>664</sup> formule l'hypothèse, selon laquelle le juge administratif demeure compétent depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, pour contrôler certaines situations relatives aux soins sans consentement. C'est le cas de la décision par laquelle le directeur ou le préfet pourrait refuser par exemple d'autoriser une sortie de courte durée en application de l'article L.3211-11-1 du CSP. En effet, les sages ont exclu de l'unification du contentieux le chapitre 1<sup>er</sup> du CSP, relatif aux « droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques ». Pour le Conseil constitutionnel, l'aménagement aux règles de compétence doit être précis et limité. Ainsi, la loi de 2011 limite le transfert de compétences vers l'autorité judiciaire, à la régularité des décisions prises, seulement en application des chapitres II à IV. Cela laisserait donc en dehors de l'unification tout le chapitre relatif aux « droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques ». En conclusion pour C. Castaing, en ce qui concerne ces droits, les règles habituelles de répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, devraient continuer à s'appliquer. C'est ce qu'a confirmé en partie, la Cour d'appel de Rennes<sup>665</sup>, en rejetant deux recours contre les ordonnances du JLD. Ce dernier, amené à examiner la contestation de l'organisation des sorties par la patiente, avait estimé au regard d'une interprétation littérale des dispositions de l'article L.3211-12 du CSP, qu'il n'entrait pas dans ses compétences de statuer sur l'organisation des permissions de sortie.

Dans l'évaluation de la loi du 5 juillet 2011, l'hypothèse attribuant une compétence globale de l'internement au juge des tutelles est évoquée. Ce dernier statuerait alors globalement sur la nécessité de protection et la privation de liberté. A ce propos, la CCNDH<sup>666</sup> a rendu un avis dans lequel elle entend « les arguments en faveur d'un contrôle confié au juge des tutelles, déjà familier du public hospitalisé en psychiatrie ». Cependant, le domaine de la protection des majeurs et celui des garanties apportées à la liberté individuelle sont distincts depuis la loi du 3 janvier 1968, ce qui constitue un progrès. Auparavant, la loi du 30 juin 1838 disposait que toute personne internée comme aliénée était placée d'office, sous le régime de l'interdiction, avec une gestion de ses biens confiée à l'asile. La distinction intervenue est considérée comme une avancée importante. La loi du 3 janvier 1968 avait remplacé le régime ancien de l'interdiction et opéré une séparation entre la protection des personnes et de leurs biens et l'internement psychiatrique. Ceci a d'ailleurs été confirmé par la loi du 5 mars 2007 spécifique de la protection des majeurs. Il semble donc qu'un retour du contentieux de l'internement devant le seul juge des tutelles renverrait aux principes de la loi de 1838. Selon de nombreux avis, cette hypothèse marquerait, si elle était retenue, un recul des droits qui ne paraît pas acceptable. En résumé, si l'unification du contentieux constitue une avancée, cette loi manque encore d'ambition et de précision en laissant subsister des ambiguïtés. Si le juge administratif est désormais écarté du contentieux des soins sans consentement, la loi du 5 juillet 2011 conserve toujours une dualité entre deux juges judiciaires différents. Malgré la volonté de simplifier les recours formés par des malades au psychisme fragile, la loi répartit toujours le contentieux entre le JLD et le Tribunal de grande instance. Le premier intervient pour juger de la restriction de liberté et le second pour l'indemnisation des préjudices consécutifs aux irrégularités constatées. En revanche, le juge administratif demeure toujours compétent pour le contentieux indemnitaire des dommages liés aux soins survenus en établissement public. Cette nouvelle disposition répond aux réserves constitutionnelles et conventionnelles en faveur d'une bonne administration de la justice. L'unification s'avère donc relative, puisque le juge judiciaire se dédouble à son tour, laissant perdurer une difficulté d'accès pour le patient. En effet, si le JLD statue systématiquement sur la privation de liberté, c'est le juge du Tribunal de grande qui devra statuer pour l'indemnisation dans une procédure différente et non systématique.

---

664 CASTAING. C, Maître de conférences, CERDARE/IDS, université Montesquieu - Bordeaux IV, *La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement. Quel droit pour quel juge ?* AJDA, éditions Dalloz 2013, p. 153.

665 CA de Rennes, ordonnance du 28/09/2012 n°97RG12/228.

666 CCNDH, avis sur les premiers effets de la réforme des soins psychiatriques sans consentement, sur les droits des malades mentaux, assemblée plénière du 22 mars 2012, point n°15, page 4.

## **TITRE 2 : LOI DU 5 JUILLET 2011: UN TEXTE COMPLEXE ET FRAGILE.**

La rédaction de l'intitulé de la loi du 5 juillet 2011 évoque en priorité les droits et la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques. Au-delà de cette apparence, il ne s'agit pas d'une loi véritablement sanitaire. L'exposé des motifs prenait acte d'« événements dramatiques » survenus ces dernières années et pointait la nécessité de mieux encadrer et surveiller les patients « susceptibles de présenter un danger pour autrui ». La loi visait en premier lieu à faciliter la décision administrative d'admission en soins sous contrainte. Ce n'est que dans un deuxième temps que le législateur a prévu des droits pour les patients. Sans l'intervention répétée du juge constitutionnel dans le cadre de la QPC, cette nouvelle loi n'aurait pas marqué de rupture notable avec l'esprit des lois de 1838 et 1990. Selon l'exposé des motifs, l'objectif prioritaire de la réforme était de « lever les obstacles à l'accès aux soins et à garantir leur continuité ». Concrètement, ce nouveau texte concerne à titre principal, les personnes admises en soins sans leur consentement. Les conditions de fond nécessaires, pour placer une personne en soins psychiatriques sans consentement, ne sont pas modifiées. En revanche, ce sont les garanties procédurales, accusées d'alourdir inutilement le processus d'admission aux soins, qui sont remises en question. Cette réforme très contestée, constitue bien l'événement majeur de ce début de XXI<sup>e</sup> siècle dans le domaine de la prise en charge des troubles mentaux. Cependant, les détracteurs ont régulièrement dénoncé l'excès de précipitation dans son élaboration. Sur le fond, on constate que l'incompétence négative dont a fait preuve le législateur jalonne l'élaboration de ce texte, qui, par voie de conséquence, sera à plusieurs reprises modifié par l'intervention du juge constitutionnel. Sur la forme, la nécessité de clarté et d'intelligibilité d'autant plus importante pour des patients au psychisme atteint n'est toujours pas au rendez-vous. Après avoir dressé un bilan de la loi du 27 juin 1990, nous allons examiner en quoi la nouvelle loi modifie la situation des malades mentaux. Il s'agit de déterminer si elle répond aux défauts préalablement mis en évidence. Si de larges pans du texte sont particulièrement contestables, nous ne pouvons en rester à une description partisane et incantatoire. Nous allons tenter de synthétiser, consolider, voire réfuter les critiques de ce projet de loi. L'erreur majeure que l'on décèle chez les détracteurs consiste notamment à assimiler systématiquement les juges à des dispensateurs de peines, entretenant ainsi une confusion sur le rôle respectif des institutions de la République. Il serait dommage que cette confusion délégitime et déconsidère le reste des critiques. C'est pourquoi ce travail a pour but de faire l'analyse argumentée la plus objective possible de ces dispositions législatives au regard du droit et de la situation réelle des patients. En l'occurrence, les différentes prises de position montrent l'importance de la controverse et surtout l'opposition très large à des dispositions majeures de ce texte.





## **CHAPITRE 1. DE RÉELLES AVANCÉES MAIS DES LIMITES CERTAINES.**

La loi<sup>667</sup> relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge a été promulguée le 5 juillet 2011. Elle s'applique depuis le 1er août 2011. Elle supprime les appellations d'hospitalisation à la demande d'un tiers (HDT) et d'hospitalisation d'office (HO), au profit de « soins psychiatriques à la demande d'un tiers », « soins psychiatriques en cas de péril imminent » et « soins psychiatriques, sur décision du représentant de l'Etat ». Les conditions de fond des deux modalités sont toutefois maintenues. Ce texte est le reflet de deux influences contraires. Il représente tout d'abord la traduction de la volonté de contrôle social des malades mentaux. Cela se vérifie, avec l'instauration des programmes de soins, sans consentement ambulatoires. En revanche, il reconnaît dans le même temps le malade mental sujet de droit, ce qui se traduit par l'intervention plus systématique du juge judiciaire garant des libertés. Cependant, ce texte laisse une importante marge d'interprétation, qui induit une forme d'inégalité devant la procédure. Il induit une rupture d'égalité dans l'accès à la justice qui ne saurait perdurer. Il est en effet critiquable au regard de l'article 1 de la Constitution, spécifiant que la « France est une République indivisible [...] ». Selon l'évaluation de la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale<sup>668</sup>, l'application de la loi reste très en effet inégale. Chaque territoire applique la loi à sa manière, car tout dépend de la bonne volonté des acteurs sur le terrain et des moyens mis à leur disposition. Nous allons donc examiner les remises en cause du texte, mais également les répercussions concrètes de la loi dans la pratique. Pour cela, nous prendrons en compte l'ensemble des avis ainsi que de la jurisprudence induite par l'application de la loi.

### **SECTION 1. EVOLUTION ET RENFORCEMENT DES DROITS DU PATIENT.**

Ce texte constitue toujours une loi spéciale sur deux aspects essentiels. En premier lieu, il prévoit toujours des soins contraints, soit pour protéger le patient lui-même, soit pour protéger la société. Le principe général de consentement aux soins n'a plus cours et modifie la place de l'information. En effet, là où en principe l'information va conditionner un consentement aux soins, dans le cas des soins psychiatriques, elle va également permettre au patient d'exercer des recours contre les soins contraints. La genèse de ce projet de loi sera examinée au regard des règles constitutionnelles<sup>669</sup>. L'examen de ce texte par le parlement a débuté en première lecture le 5 mai 2010. La « judiciarisation » de la loi a été imposée dans un deuxième temps, non par les parlementaires ou le Gouvernement, mais par le Conseil constitutionnel. La secrétaire d'Etat N. Berra a toutefois réfuté les critiques sur la précipitation, lors de son audition par la commission sénatoriale le 3 mai 2011.

#### **§1. Un texte profondément remis en cause par le juge constitutionnel après sa promulgation.**

L'OMS<sup>670</sup> affirme que la législation consolidée spécifique de la santé mentale permet une adoption et une promulgation faciles sans la nécessité d'amendements multiples des lois existantes. Le processus de rédaction, d'adoption et de mise en œuvre d'une législation consolidée, permet de sensibiliser le public aux troubles mentaux. Il permet également d'éduquer les décideurs et le public sur les questions relatives aux droits de l'homme, à la stigmatisation et à la discrimination. Cependant, le risque de la législation consolidée spécifique est de mettre en évidence la ségrégation de la santé mentale et des personnes atteintes de troubles mentaux. Ce processus législatif peut accentuer la stigmatisation et les préjugés contre les personnes atteintes de troubles mentaux. De ce point de vue, le travail législatif en France a été très contesté.

---

667 Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge. JORF n°0155 du 6 juillet 2011 page 11705 texte n° 1.

668 BLISKO, S et LEFRAND, G, Rapport d'information, Commission des affaires sociales, sur la mise en œuvre de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 février 2012.

669 Art 39 à 45 de la Constitution.

670 *Livre de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme et la législation*, OMS, 2005.

Les psychiatres P. Paresys<sup>671</sup> comme J-C. Pénochet expliquent que le mensonge de base, sur lequel reposait le texte, consistait à accréditer la possibilité du risque zéro en termes d'actes graves liées aux troubles mentaux. Pour les praticiens, laisser croire à la population que le « risque zéro » est possible est extrêmement dangereux. Cela laisse penser qu'il y aurait des solutions miracles et rapides ce qui est faux. Le Dr Pénochet souligne que l'on est « [...] face à un dispositif [...] où s'affrontent deux logiques, celle du préfet qui protège la société de l'éventuelle dangerosité des malades mentaux et celle du juge qui protège les libertés individuelles<sup>672</sup> ». D'après le praticien, le Gouvernement a privilégié des préoccupations d'ordre public au détriment d'une amélioration des conditions de soins en psychiatrie. La relative qualité et l'imprécision de ce texte, notamment entourant les auditions par le juge, vont générer des interprétations divergentes. Ces pratiques variables vont contredire le principe d'égalité des citoyens devant la loi. Enfin, pas plus que pour la loi du 4 mars 2002, le Gouvernement n'a envisagé la difficulté d'appropriation sur les lieux de soins, de ce texte singulièrement complexe. L'organigramme des établissements, ne prévoit toujours pas de personnes ressources, à même d'accompagner les nouvelles dispositions. Les pouvoirs publics éditent toujours des textes, sans se préoccuper de la capacité réelle des acteurs à se les approprier.

Avec la loi du 5 juillet 2011, la psychiatrie s'organise autour d'une logique paradoxale. Les nouvelles modalités permettent à la fois une entrée facilitée à l'hôpital pour les malades, mais aussi des mesures pour mieux les faire sortir. Le texte élargit l'accès aux soins psychiatriques sans consentement et développe leur mise en œuvre en dehors de l'hôpital. A cette fin, des modalités d'admission en soins ont évolué pour faciliter de leur mise en place. Tout en maintenant la possibilité de l'hospitalisation complète, le législateur a prévu la possibilité de prendre en charge très rapidement le malade sous d'autres formes alternatives. La facilité d'entrée dans les soins est symbolisée par les cas de « péril imminent pour la santé de la personne », qui permet une admission en soins sans consentement simplifiée sans demande de tiers. De manière ambiguë, la loi permet donc un traitement des troubles moins contraignant pour le malade et plus respectueux de sa personne. Ceci est renforcé par le rôle nouveau dévolu au juge des libertés. Cependant, cette possibilité offerte tant aux malades qu'aux psychiatres traduit une évolution qui modifie en profondeur la relation entre le malade, le psychiatre et la puissance publique. Le texte ouvre de nouveaux droits aux personnes et prévoit de les garantir. Cependant, il semble que dans le même temps, la logique d'ensemble tend à renforcer les obligations de ce même malade.

#### **A. La fin des admissions au vu de la « notoriété publique ».**

Après sa promulgation et sur intervention du Conseil constitutionnel, le texte du 5 juillet 2011 a très rapidement fait l'objet de modifications importantes. Dans le rapport suivant sa visite des établissements psychiatriques en 2000, le Comité de Prévention de la Torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants<sup>673</sup> avait déjà recommandé de revoir les dispositions en matière d'admission en soins psychiatriques, en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, sur décision provisoire du maire ou d'un commissaire de police à Paris. Celles-ci, à défaut d'avis médical, permettaient d'arrêter des mesures provisoires d'hospitalisation à l'égard des personnes dont le comportement révélait des troubles psychiatriques manifestes sur la base de la « notoriété publique ». Ce pouvoir des maires repose sur l'article L.2212-2 du Code général des collectivités territoriales. Il dispose que « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment, « [...] le soin de prendre provisoirement les mesures nécessaires contre les personnes atteintes de troubles mentaux dont l'état pourrait compromettre la morale publique, la

---

671 « Réforme de l'hospitalisation psychiatrique : Une externalisation de l'asile », 13 mai 2011, *lepost.fr*

672 DALAT. A, « Réformer les soins sans consentement : une loi idéologique », *Le quotidien du médecin*, 18 décembre 2011.

673 Rapport au Gouvernement de la République française, relatif à la visite effectuée en France, par le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) ; du 28 novembre au 10 décembre 2010, Conseil de l'Europe, publié le 18 avril 2012, Paragraphe 177.

sécurité des personnes ou la conservation des propriétés ». Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe<sup>674</sup> précisait que « dans le cadre d'une procédure d'urgence [...] le placement ou le traitement involontaires ne devraient être effectués que [...] sur la base d'une évaluation médicale appropriée à la mesure envisagée ». Le Comité, a confirmé dans son rapport de 2011 qu'il ne convient pas de laisser aux maires ou aux commissaires de police, la possibilité de prendre des mesures de soins non volontaires, sans que l'intéressé ne soit vu par un médecin. La faculté d'une hospitalisation sur la base de la notoriété publique avait également fait l'objet de critiques lors des débats de la loi du 27 juin 1990<sup>675</sup>. Le sénateur R. Vizet dénonça alors le pouvoir du maire ou du commissaire de police à Paris, consistant à prendre des mesures totalement discrétionnaires à l'encontre de n'importe quel citoyen. Pour le parlementaire, les mesures provisoires n'avaient pas de définition, et la notoriété publique pouvait être invoquée à n'importe quel propos. Pour établir la notoriété publique, le maire ou le commissaire de police devaient recueillir des témoignages ou des confidences, sans avoir l'obligation de mentionner le nom de leurs auteurs, ni même leur nature ou leur teneur. Le sénateur contestait la possibilité pour le maire ou bien le commissaire de police, de décider de détenir dans un établissement psychiatrique toute personne qualifiée de gêneur ou d'asocial.

C. Castaing<sup>676</sup> souligne également qu'il y a peu d'éléments dans la jurisprudence administrative qui soit de nature à préciser la « notoriété publique ». Elle établit cependant un parallèle entre la notoriété publique, qui était appliquée aux malades mentaux comme une mesure de police préventive, et la « clameur publique », propre aux situations flagrantes de commission d'une infraction. Concrètement, la personne souffrant de troubles mentaux était moins protégée contre l'arbitraire que la personne soupçonnée d'acte de délinquance. En effet, selon l'article 53 du Code de procédure pénale « [...] Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique [...] ». S'il est possible, dans ce cas, de priver la personne de liberté, cette dernière va toutefois bénéficier de garanties prévues par la loi et la procédure pénale. *A contrario*, le Code de la santé publique n'apportait pas de précision sur le seuil de perception au-delà duquel l'existence d'un danger immédiat serait considéré comme « notoire ». De même, et contrairement à la procédure pénale, aucune concomitance n'était exigée entre le comportement litigieux lui-même et sa connaissance. En fait, la mesure provisoire prise au regard de la notoriété publique déconnectait l'existence de troubles mentaux et la privation de liberté. Il y avait bien dans cette hypothèse une atteinte grave à la liberté individuelle de la personne, et le caractère provisoire de la mesure n'atténuait pas son caractère arbitraire. L'imprécision de la loi dans sa version initiale, ne protégeait pas le malade contre le risque d'une mesure arbitraire d'internement provisoire. De plus, l'existence du danger imminent devait être attestée par la notoriété publique et les troubles mentaux devaient être « manifestes », c'est à dire évidents. Cette évidence était cependant constatée sans appréciation médicale. Reste enfin à savoir si le simple avis médical requis depuis le 6 octobre 2011, répond à l'exigence d'une « évaluation médicale appropriée », telle qu'elle est définie par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. C'est donc la décision du Conseil constitutionnel<sup>677</sup> du 06 octobre 2011 qui a finalement mis un terme à l'internement sur attestation de « notoriété publique ». Si, dans leur décision du 6 octobre, les sages n'ont pas changé leur position sur la judiciarisation immédiate, en revanche, ils ont jugé que l'article L.3213-2 du CSP, permettant qu'une mesure de privation de liberté liée à des troubles mentaux puisse être ordonnée sur la seule « notoriété publique », devait être censuré. Le Conseil a considéré que la seule notoriété publique ne permettait pas que la privation de liberté soit réservée, exclusivement aux cas dans lesquels elle était adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade, ainsi qu'à la sûreté des personnes ou bien à la préservation de l'ordre public. Le juge constitutionnel a instauré par cette décision, une précaution importante garantissant les libertés individuelles, face aux dérives potentielles de certains édiles ou de certains commissaires de police parisiens. Ainsi, la seule « mauvaise réputation » ne permettra plus désormais l'hospitalisation d'office

674 Recommandation Rec (2004)10, relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, article 21.

675 Sénat, séance du 11 juin 1990.

676 CASTAING. C, *Pouvoir administratif versus pouvoir médical ?* AJDA 2011, p. 2055.

677 CC, décision du 06 octobre 2011, n° 2011-174 QPC.

sans avis médical. Avant cette remise en cause, dans sa réponse au Comité européen de prévention de la torture en 2000, le Gouvernement de la France avait répondu au Conseil de l'Europe que cette disposition était tombée en désuétude. Comme l'a démontré le Contrôleur des lieux de privation de liberté<sup>678</sup> en 2009, cette réponse ne correspondait pas à la réalité.

La conventionnalité des mesures fondées sur la « notoriété publique » était également douteuse aux yeux de la CEDH<sup>679</sup>. En effet, cette dernière exige en plus que l'aliénation soit « établie de manière probante ». Face à cette exigence, le Conseil constitutionnel a toutefois estimé que la possibilité de recourir à un simple avis médical ne méconnaissait pas les exigences constitutionnelles qui entourent la protection de la liberté individuelle, car il s'agissait de situations de danger imminent. Pour le juge constitutionnel, il s'agit bien des cas d'urgence particulière et manifeste, dans lesquels la décision provisoire peut permettre d'éviter des drames. Cependant, les praticiens sont toujours aussi perplexes à ce sujet devant la notion d'« avis médical », toujours indéfinie. Cette formulation ne détermine pas si le praticien doit se livrer à un examen, et si oui de quel type. On ne sait, de plus, si cet avis s'impose à l'administration. Contrairement au certificat médical, qui constitue une attestation officielle par un médecin d'un fait médical impliquant l'examen clinique, l'avis n'implique pas explicitement l'examen. De plus, s'il est simple, il ne lie pas son destinataire. Quant à l'avis conforme non envisagé dans notre propos, il est obligatoirement sollicité par l'administration et celle-ci doit suivre l'avis qui lui est donné. Force est de constater que de ce point de vue, rien n'est clarifié par la décision du 6 octobre. Quant à la difficulté éventuelle d'établir obligatoirement un avis médical, elle est compensée par la clarification du Conseil d'Etat, du 9 juin 2010<sup>680</sup>. Cette décision prévoit en effet que le médecin signataire du certificat médical circonstancié, sur la base duquel l'arrêté d'hospitalisation d'office est pris, peut être un médecin non psychiatre qui exerce dans l'établissement d'accueil du malade. En fait, la qualité du médecin signataire du certificat ou avis, s'apprécie en regard de la situation présente et à venir de ce dernier à l'égard du patient. Le certificat peut donc être rédigé par un médecin non-psychiatre qui exerce dans l'établissement accueillant le malade. Il peut être établi par un médecin, psychiatre ou pas, s'il n'exerce pas dans l'établissement d'accueil. Cette précaution permet d'éviter que le médecin décisionnaire de l'hospitalisation ne soit celui qui traitera le patient ensuite.

## **B. L'exigence de proportionnalité dans les situations exceptionnelles.**

Une décision<sup>681</sup> du 21 octobre 2011, à nouveau consécutive à une QPC, a consacré l'indépendance du juge envers les avis médicaux. Cette QPC concernait la situation des personnes déclarées pénalement irresponsables pour trouble mental. Dans la rédaction initiale de la loi, le JLD ne pouvait mettre fin à l'hospitalisation d'office qu'au vu sur des décisions conformes de deux psychiatres, résultant d'examen séparés et établissant de façon concordante, que l'intéressé n'était plus dangereux, ni pour lui-même, ni pour autrui. Le Conseil constitutionnel a considéré que le fait de subordonner le pouvoir de décision du JLD, à l'avis favorable de deux médecins était contraire aux articles 64 et 66 de la Constitution, consacrant l'autorité judiciaire indépendante et gardienne des libertés. Si le juge est tenu de recueillir l'expertise, en revanche, il ne peut pas être lié par celle-ci. Selon les sages, le juge en tant que gardien des libertés individuelles, doit pouvoir statuer, à tout instant et sans contrainte, sur le maintien d'une hospitalisation décidée par l'autorité administrative. Sa décision ne peut pas être subordonnée à l'avis conforme de deux psychiatres, qui plus sont choisis par le représentant de l'État. En l'occurrence, pour les sages, le législateur a méconnu tant le principe de la séparation des pouvoirs, que celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Le juge constitutionnel a appliqué ici sa jurisprudence de 1990<sup>682</sup> à partir des dispositions de l'article 64 de la Constitution, au regard de l'indépendance de l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. L'indépendance des

678 CGLPL, Rapport de visite des 24 et 26 février 2009.

679 CEDH, 19 mai 2004, Affaire *R.L. et M.-J.D. c. France*, Req n° 44568/98.

680 CE, 9 juin 2010, n° 321506, publié au recueil Lebon.

681 CC, décision du 21 octobre 2011, n° 2011-185 QPC.

682 CC, décision du 11 janvier 1990, n° 89-271 DC, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, considérant 6.

juridictions est garantie, ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative. Les sages ont à juste titre censuré l'article L.3213-8 du CSP, avec application immédiate aux affaires en cours. En revanche, l'écriture de l'article L.3211-12-1 du CSP est compatible avec la décision des sages. Le texte prévoit que le juge ne peut décider la mainlevée de la mesure, qu'après avoir recueilli deux expertises, mais sans être lié par celles-ci.

### **C. Le caractère effectif et la fréquence du contrôle judiciaire.**

Le Conseil constitutionnel s'est de nouveau prononcé le 20 avril 2012 suite à une nouvelle QPC<sup>683</sup>. A l'origine, cette question portait notamment sur les dispositions relatives, aux programmes de soins psychiatriques ambulatoires sans consentement. Il s'agissait en l'occurrence d'examiner l'absence du contrôle systématique, des programmes de soins par le juge, ainsi que les mesures particulières concernant les patients présentant un danger potentiel présumé. Dans cette QPC, les requérants contestaient l'absence de contrôle de plein droit du juge sur les mesures pouvant comporter de longues périodes d'hospitalisation complète. Si les sages se sont de nouveau prononcés sur les bases de l'article 66 de la Constitution, ils ont également fait référence au onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Ils ont retenu la nécessité d'assurer à la fois la protection de la santé, et la prévention des atteintes à l'ordre public. Dans le même temps, ils ont tenu à préserver les libertés individuelles. De manière classique, ils ont retenu les garanties prévues par les articles 2 et 4 de la DDHC, ainsi que par l'article 66 de la Constitution. Les sages ont apporté en premier lieu une précision importante sur la notion de soins contraints. Ils ont considéré que les dispositions, issues de l'article L.3211-2-1 du CSP, n'autorisent pas l'exécution d'une obligation de soins sous la contrainte. Pour le juge constitutionnel, ces personnes ne sauraient se voir administrer des soins de manière coercitive. Elles ne sauraient pas plus être conduites ou maintenues de force pour accomplir les séjours en établissement prévus par le programme de soins. Les sages ont de plus conclu qu'aucune mesure de contrainte en programme de soins, ne peut être mise en œuvre sans que la prise en charge ait été préalablement transformée en hospitalisation complète. Cette précision des sages, importante mais équivoque, sur laquelle nous reviendrons, laisse penser qu'un patient bien qu'en soins sans consentement ambulatoires ne doit pas pour autant subir de soins contraints. En second lieu, les sages se sont prononcés à propos du contrôle par le juge. Selon cette décision, dans la mesure où le juge des libertés et de la détention peut être saisi à tout moment aux fins d'ordonner à bref délai la mainlevée immédiate, cette disposition est suffisante pour le juge constitutionnel. Ainsi, selon la décision, le législateur a assuré une conciliation équilibrée entre d'un côté la protection de la santé et la protection de l'ordre public, et de l'autre la liberté personnelle. Indépendamment de la précision importante précitée, relative à la notion de contrainte, les sages ont considéré que la possibilité de saisine facultative du JLD, sans qu'elle soit systématique, répondait suffisamment à l'exigence de contrôle du juge.

Les sages se sont ensuite prononcés sur l'article L.3211-12-1 3° du CSP, prévoyant le contrôle du juge seulement au sixième mois, après celui du quinzième jour. Ce délai était considéré par les requérants comme ne répondant pas à l'exigence de « bref délai ». Le Conseil d'Etat avait retenu que cette disposition portait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, en particulier à la liberté individuelle et à la protection de celle-ci par l'autorité judiciaire. Le Conseil constitutionnel n'a pas suivi les arguments du juge administratif puisque, selon lui, les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce que le juge des libertés et de la détention puisse être saisi à tout moment, aux fins d'ordonner la mainlevée immédiate. Les sages ont confirmé que le législateur avait assuré une conciliation équilibrée entre les exigences de l'article 66 de la Constitution et l'objectif de bonne administration de la justice. Suivant le raisonnement précédent, selon lequel la requête facultative auprès du juge était suffisante sans recourir à des contrôles systématiques rapprochés, le Conseil constitutionnel en a conclu que le texte contesté ne méconnaissait aucun droit ou liberté garanti par la Constitution.

---

683 CC, décision du 20 avril 2012, n° 2012-235 QPC.

Le Conseil constitutionnel a enfin statué sur les dispositions spécifiques concernant les patients ayant effectué des séjours en unité pour malades difficiles (UMD), ou ayant fait l'objet d'une décision judiciaire d'irresponsabilité pénale. Selon l'article L.3211-12 du CSP, lorsque la personne fait, ou a fait l'objet de soins contraints faisant suite à une décision judiciaire, le juge des libertés et de la détention ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis d'un collège. Les mêmes dispositions sont applicables à la personne qui fait l'objet ou qui a fait l'objet, pendant les dix années précédentes, d'une hospitalisation dans une UMD. Les dispositions contestées prévoyaient des conditions de mainlevée distinctes s'agissant de ces personnes. Le Conseil constitutionnel a souligné la spécificité de la situation des personnes ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental ou présentant une particulière dangerosité. A ce titre, les sages ont rappelé que le législateur pouvait assortir de conditions particulières la levée de la mesure de soins sans consentement. Le juge constitutionnel a également rappelé qu'en revanche, le législateur doit adopter les garanties contre le risque d'arbitraire. Tel n'était pas le cas, puisque aucune disposition législative n'encadrait les formes ni les conditions d'une décision d'admission en UMD, par l'autorité administrative. Les dispositions contestées appliquaient, pour les hospitalisations en UMD, des règles plus rigoureuses que celles applicables aux autres personnes hospitalisées.

A propos des personnes ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental et déclarées irresponsables, le Conseil constitutionnel a relevé que la saisine du préfet par l'autorité judiciaire était prévue de manière systématique, et ce quelle que soit la gravité et la nature de l'infraction commise. Ainsi, aucune disposition particulière, concrétisée par une procédure adaptée à la gravité, ne prenait en compte la nature des infractions. De fait, ces dispositions imposaient des règles plus rigoureuses que celles applicables aux autres personnes soumises à une obligation de soins psychiatriques, notamment pour la levée des soins. Les sages ont considéré que l'absence de garanties légales méconnaissait la Constitution. La décision a toutefois été reportée au 1er octobre 2013, en application de l'article 62 de la Constitution, pour permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité. Les sages ont validé la demande des requérants et appliqué le droit commun aux situations d'hospitalisation en UMD. En ce qui concerne les situations d'irresponsabilité pénale, le Conseil exige à l'avenir que les restrictions particulières appliquées pour les décisions de levée ou de transformation du dispositif de soins soient proportionnées en fonction de l'infraction commise.

La décision des sages du 20 avril 2012 constitue une nouvelle remise en cause profonde de la loi du 5 juillet 2011 et appelle plusieurs remarques. Le juge constitutionnel a tout d'abord confirmé la validité de l'article L.3211-2-1 du CSP, relatif au programme de soins sans consentement. Se faisant, il introduit une ambiguïté lourde, puisque, selon ses termes, un patient en soins sans consentement ambulatoire ne saurait être contraint aux soins, cette contrainte ne pouvant de plus s'entendre que dans le cadre de l'hospitalisation complète. Il était déjà légitime de s'interroger sur la compatibilité de soins ambulatoires avec des troubles répondant aux critères de fond. Force est de constater que la décision récente des sages ne clarifie pas la situation. En évitant d'introduire le contrôle systématique du juge, ces derniers ont contribué à créer une confusion législative intenable. A. Bitton, président du CRPA et à l'instigation de la QPC, a demandé une clarification législative. Il souhaitait que les programmes de soins soient clairement intégrés dans le dispositif des soins libres, ou bien qu'il y ait une judiciarisation systématique comme pour l'hospitalisation complète. Le JLD de Perpignan<sup>684</sup> a illustré ces incohérences à l'occasion d'une saisine facultative le 18 septembre 2012. Il a ordonné la mainlevée d'une mesure d'hospitalisation complète, consécutive à une réintégration sur décision du préfet. En l'espèce, alors que le patient se trouvait en programmes de soins sans consentement ambulatoire, il a été réintégré en hospitalisation à temps complet sur décision du préfet. Les forces de l'ordre et une équipe soignante se sont rendus à son domicile pour le contraindre à l'hospitalisation. Cette réintégration a eu lieu sans un arrêté de réadmission du représentant de l'Etat. Elle a été décidée en contradiction avec le contenu de la décision du Conseil constitutionnel du 20 avril 2012. L'avocat du patient a rappelé à cette occasion,

---

684 TGI de Perpignan, ordonnance du JLD, 18 septembre 2012, n° 12/477.

qu'aucune mesure de contrainte sur un patient en programme de soins, ne pouvait être exercée sans transformation au préalable en hospitalisation complète. En sanctionnant la violation des dispositions, prévues par la décision des sages du 20 avril 2012, le JLD de Perpignan a mis en exergue à cette occasion, le caractère incohérent des soins sans consentement ambulatoires.

Au vu de ces différentes remises en cause, les professionnels de la psychiatrie reprochent aux pouvoirs publics d'avoir agi dans la précipitation et sans concertation. L'OMS<sup>685</sup> précise à ce propos qu'un « texte de loi irréaliste qu'un pays ne peut pas faire appliquer ne sert à rien du tout ». Au contraire, il peut entraîner « des frais inutiles suite aux recours devant les tribunaux qu'elle entraîne, détournant ainsi des ressources du développement des services ». L'organisation mondiale rappelle également un autre principe élémentaire selon lequel « les organes législatifs ne doivent voter une loi qu'après en avoir exploré les implications en matière de ressources ». Enfin, sur la forme, l'OMS préconise que les lois sur la santé mentale soient écrites d'une manière facilement accessible aux nombreuses personnes qui peuvent avoir besoin de les lire et de les comprendre. Selon ces recommandations, la loi sur la santé mentale devrait donc « être écrite aussi simplement que possible sans simplifier à l'extrême des dispositions importantes et dans un langage destiné au grand public [...] ». Si la lecture de la loi du 5 juillet est difficile pour les professionnels, cela va s'avérer quasi incompréhensible pour les patients. Ce défaut de clarté avec des dispositions insuffisamment précises et des formules équivoques, a d'ailleurs été systématiquement soulevé par les avocats d'associations de patients lors des auditions par le Conseil constitutionnel. Enfin, la loi du 5 juillet 2011 fait l'objet de vives critiques de tous horizons, mais le signe le plus évident de sa mauvaise qualité réside dans les censures successives exercées par le Conseil constitutionnel, notamment au regard de la garantie des libertés individuelles. Il apparaît toutefois aujourd'hui que l'essentiel des dispositions contestables a été contrôlé par le juge suprême. A l'avenir, deux possibilités de réforme des dispositions demeurent. La première source de réforme peut faire suite à une éventuelle volonté politique qui se ferait jour. La seconde source sera désormais le fruit de la jurisprudence, notamment de la CEDH. Cette dernière devrait rapidement surgir au vu du risque majeur d'insécurité juridique que contient cette nouvelle législation.

## **§2. L'information difficile du malade mental.**

Pour la Cour de Cassation<sup>686</sup>, « s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé, [...] la preuve de cette information peut être faite par tous moyens [...]. C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que la juridiction [...] a retenu que cet ensemble de présomptions, au sens de l'article 1353 du Code civil, démontrait que (le médecin) avait informé sa patiente ». Mais ces présomptions doivent être solides et répondre aux qualificatifs de « graves, précises et concordantes ». La Cour de cassation<sup>687</sup> a récemment précisé l'obligation d'information au vu des articles L.1111-2 et R.4127-35 du CSP. Selon la Haute juridiction judiciaire, « le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose ». La Cour a de plus précisé que le médecin doit tenir compte dans ses explications de la personnalité du patient. Il doit de plus veiller à la compréhension des explications. Cette jurisprudence, qui réaffirme certaines exigences, concerne toujours la seule information relative aux soins. L'information relative aux droits de communication et de recours des patients reste toujours difficile. Ainsi, pour J-M. Delarue<sup>688</sup>, si la remise de documents d'information au patient est nécessaire, elle n'est pas pour autant suffisante. En effet, selon les termes du Contrôleur, « les droits ne peuvent s'exercer que dans un dialogue et une attention renouvelée et très personnalisée entre l'équipe soignante et les patients ». L'information claire et loyale envers un patient atteint de troubles mentaux

---

685 Livre de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme et la législation, OMS, 2005.

686 Cass, 1e ch Civ, 14 octobre 1997, n° 95-19609. Publié au bulletin.

687 Cass, 1e ch Civ, 16 janvier 2013, n° 12-14097. N publié au bulletin.

688 « Interview de Monsieur Jean- Marie Delarue, Contrôleur général des lieux de privation de liberté », Pluriels n°84, septembre 2010.



est en soi complexe. La plus grande prudence est donc requise en terme de diagnostic, tant celui-ci peut être stigmatisant et vécu de manière péjorative. A ce propos, T. Fossier<sup>689</sup> souligne toutefois que malgré ces limites particulières, qui valent face à un malade mental en matière d'information, « il ne faudrait pas déduire qu'il existe en psychiatrie une sorte de présomption d'impossibilité de consentir, qui dispenserait le psychiatre de tout effort informatif ». Il s'agit effectivement d'un risque, mais qui ne concerne pas le seul psychiatre.

### **A. Une information claire et loyale et complète.**

L'internement psychiatrique échappait jusque là aux principes démocratiques de l'Etat de droit garantis par la séparation des pouvoirs. La perspective du contrôle systématique par le juge a renforcé l'obligation d'une information effective et renouvelée des patients. La preuve de cette information est devenue essentielle et doit donc être tracée. Avec l'audition par le juge pour prolonger un internement au-delà du quinzième jour, nous sortons de cent-soixante-dix ans d'internement sur le modèle de la « lettre de cachet », propre à l'Ancien régime. Le défaut d'information constituait déjà un préjudice indemnisable, désormais il motive aussi des mainlevées décidées par le juge des libertés. Le patient interné, comme toute autre personne retenue contre son gré, doit être informé le plus rapidement possible des raisons de sa détention. Si l'absence ou l'insuffisance de motivation entâche la décision d'illégalité sur le fond, la notification de l'arrêté préfectoral ou de la décision du directeur, constitue également une exigence formelle. Si cette exigence repose sur la doctrine, elle se fonde également à la fois sur l'article 5 de la Convention européenne et sur la loi du 11 juillet 1979<sup>690</sup>. Précisément, depuis 1979 l'administration se doit d'informer sans délai l'administré d'une décision défavorable qui le concerne. Il ne peut y avoir d'exception à ce principe important, sous prétexte que le destinataire de la décision défavorable n'aurait pas toutes ses facultés mentales. L'information repose également sur la facilité d'accès au droit. La loi se doit d'être claire et intelligible dans sa rédaction pour satisfaire au principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi ». La seule codification prévue par la circulaire du 30 mai 1996 ne suffit pas à cet effet. Dans le texte étudié suite aux censures constitutionnelles, la consolidation des textes qui est pourtant censée favoriser la lecture et la compréhension par les professionnels et les justiciables, se heurte à des abrogations et des modifications récurrentes. Des textes, difficilement compréhensibles pour les professionnels, seront à l'évidence inaccessibles pour les personnes atteintes de troubles mentaux.

La perception par la communauté soignante de ce droit à l'information et des obligations qui en découlent mérite un examen approfondi. A. Bitton a souligné les difficultés d'accès au droit pour les patients. Il affirme que « les institutionnels de la psychiatrie, et les soignants inscrits dans les diverses écoles qui dominent le terrain, considèrent que l'appel au droit, comme l'usage du droit, sont autant de symptômes psychotiques paranoïaques<sup>691</sup> ». En supposant que les soignants soient de bonne volonté, dans les faits et en l'absence de précisions, il leur appartient, désormais, d'expliquer aux patients leur situation. Cependant, pour pouvoir expliquer il faut au préalable comprendre le dispositif. En effet, il s'agit non seulement de remplir l'obligation d'information « claire et loyale », mais également de faire de cette intervention du juge un élément de confiance et d'alliance avec le patient. Il s'agit d'une procédure civile qui est protectrice à l'égard du patient. Un des risques du défaut d'information ou de mauvaise information est de lui laisser penser qu'il s'agit d'une audience de type pénal où il est incriminé. A ce propos, l'HAS a formulé une exigence de conformité, en érigeant le respect des libertés individuelles et la gestion des mesures de restriction de liberté en pratique exigible prioritaire (PEP). Pour rendre ces droits effectifs, l'établissement doit mettre à disposition du patient une information complète, ainsi que tous les moyens utiles lui permettant de communiquer. Le défaut d'information et l'omission du recueil des observations du patient sous contrainte va constituer un moyen opérationnel dans le contentieux de

689 FOSSIER, T., *La relation entre psychiatre et malade : aspects juridiques*. L'information psychiatrique, n° 7, sept. 2001, p. 684.

690 Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. JORF du 12 juillet 1979 page 1711.

691 BITTON, A., Intervention pour le CRPA au colloque de l'HEDAC (Haute école des avocats conseils de la Cour d'appel de Versailles), le vendredi 30 septembre 2011, sur « La réforme du contrôle des soins psychiatriques sans consentement ».

la mainlevée des soins sans consentement. Ainsi, lors d'un contrôle obligatoire, le JLD de Versailles<sup>692</sup> a ordonné la mainlevée d'une mesure d'internement, sur décision du préfet. En l'occurrence, le patient interné n'avait pas été informé de ses droits et voies de recours. De plus, ses observations n'avaient pas été recueillies lors des mesures successives. Dans cette affaire, le juge s'est déclaré compétent pour retenir le défaut d'information comme une irrégularité portant une atteinte grave à une liberté fondamentale.

C'est la jurisprudence interne qui a mis en cause très tardivement l'absence totale d'information des patients sur leurs droits. La loi du 17 juillet 1978, relative aux relations entre l'administration et les administrés, a marqué une première avancée significative avec la création de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA). La loi de 1990 a pour sa part codifié les droits d'information et de recours des patients malades mentaux. C'est cependant le contentieux, et notamment devant la juridiction européenne, qui ont permis les véritables progrès en la matière. Pour mémoire, c'est le 21 février 1990, que la CEDH a sanctionné le défaut d'information, des personnes internées en psychiatrie dans l'affaire *Van der Leer c. Pays Bas*. Par ailleurs, la Cour de cassation a inversé la charge de la preuve de l'information dans une décision importante du 25 février 1997<sup>693</sup>. Auparavant, cette preuve était le fait du patient, désormais il incombe au médecin d'en prouver l'exécution. Selon la Cour, « le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation ». Pour la Haute juridiction judiciaire, le défaut d'information de la part du médecin peut entraîner, pour le patient, un préjudice. Il consiste à la perte de chance d'avoir pu exercer un choix éclairé. L'état de santé mental de la personne qui rend impossible son consentement ne justifie pas plus que le praticien se dégage de son obligation d'information. Cette information, condition fondamentale du consentement, doit également aborder les suites et les effets d'un traitement. Ainsi, alors même qu'une information sur les effets secondaires des traitements est obligatoire, dans la réalité elle est trop souvent au mieux partielle, voire inexistante. Précisément, les effets secondaires à court et long terme des neuroleptiques ont une influence considérable sur les conditions d'existence. L'absence d'information du patient sur ces effets secondaires est susceptible de l'empêcher de se soustraire à ces effets et aux dommages consécutifs. C'est surtout le priver d'un choix, après avoir mesuré les bénéfices au regard des risques. Le pire réside dans la tromperie et la perte de confiance envers psychiatres et soignants qui découlent du défaut d'information. En définitive, le défaut d'information crée une méfiance qui risque de rendre la contrainte incontournable dans l'avenir pour permettre au patient de bénéficier de soins. Ce sont les médecins et le personnel soignant, qui sont censés participer à l'information et à l'éducation du patient, chacun dans leur domaine de compétences. La Charte de la personne hospitalisée se situe exclusivement dans le champ somatique et n'aborde pas l'information du patient en soins psychiatriques sur ses droits de communication et de recours. En revanche, la Charte de l'utilisateur en santé mentale<sup>694</sup>, qui n'a pas de valeur officielle, prévoit quant à elle une information adaptée, ainsi que claire et loyale. En résumé, lors d'une hospitalisation, les patients doivent recevoir sans délai une information claire et adaptée sur les modalités de cette hospitalisation et les voies de recours. A cette fin, il doit être remis au patient un livret d'accueil exposant les informations pratiques concernant le séjour, le lieu de l'hospitalisation et l'informant de ses droits et devoirs. La Charte précise en outre que le patient dont l'état nécessite des soins sans son consentement doit être informé de sa situation juridique et de ses droits. Cette information, qui risque d'être mal comprise en raison de la gravité du tableau clinique initial, devra être reprise plus tard autant que nécessaire. Une circulaire du 2 mars 2006<sup>695</sup> précise que « l'information donnée au patient doit être accessible et loyale. Il revient aux établissements, de veiller à ce que l'information médicale et sociale des personnes hospitalisées soit assurée, et que les moyens mis en œuvre soient adaptés aux éventuelles difficultés de communication ou de compréhension des patients, afin de garantir à tous l'égalité d'accès à l'information ». Le texte précise qu'il « revient à l'établissement et aux professionnels

692 TGI de Versailles, ordonnance du JLD du 13 février 2012, n° 12/00140

693 Cass, 1<sup>er</sup> ch. Civ, 25 février 1997, n° 94-19685, publié au bulletin.

694 Charte de l'utilisateur en santé mentale, signée à Paris le 8 décembre 2000.

695 Circulaire N° DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90 du 2/03/2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée.

de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé ». Cette information doit permettre à la personne malade de participer, notamment aux choix thérapeutiques qui la concernent et à leur mise en œuvre quotidienne. Un des effets majeurs de la loi du 5 juillet 2011 consiste donc au renforcement significatif des obligations d'information, d'ordre médical et juridique, envers le patient. Cette thématique importante de l'information sur les droits souffre cependant de difficultés structurelles liées aux textes. Ceux-ci peuvent être contradictoires mais ils sont surtout mal hiérarchisés. Enfin, le patient doit bénéficier d'une information juridique alors que le personnel soignant ne la maîtrise pas. Cette information relative à la procédure judiciaire s'avère pourtant déterminante pour la considération du patient sujet de droit.

L'information sur la situation juridique et les droits de recours et de communication concerne toutes les mesures d'hospitalisation contraintes. Les mesures spéciales provisoires, autorisées aux maires et aux commissaires de police parisiens, concernent les situations d'urgence. Si elles ne constituent pas des mesures d'hospitalisation d'office définitives, elles privent cependant les intéressés de liberté, sans qu'ils y aient consenti. A ce titre, l'obligation d'informer le patient sur sa situation juridique et ses droits, notamment de celui de prendre conseil d'un avocat de son choix, s'applique dès son admission. La Cour administrative d'appel de Paris<sup>696</sup> a précisé, le 21 décembre 2007, que l'obligation d'informer ne se limite pas aux seules hypothèses, des hospitalisations sur demande d'un tiers et d'office décidées par le préfet. Elle concerne l'ensemble des mesures d'hospitalisation contraintes, y compris lorsqu'elles sont provisoires sur décision du maire ou du commissaire de police à Paris. Les circonstances d'urgence constituent toutefois une limite à l'information immédiate du patient. Ainsi, le 13 mars 2013, le Conseil d'Etat<sup>697</sup> a retenu que les mesures provisoires, prises au titre de l'article L.3213-2 du CSP, sont au nombre des mesures de police qui doivent être motivées, en application de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979. Si elles entrent dans le champ d'application de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000<sup>698</sup>, l'urgence des circonstances, au vu des troubles manifestes, prévues à l'article L.3213-2 du CSP, exonère l'administration de l'obligation d'information immédiate. En l'occurrence, la requérante n'avait pas été informée immédiatement de ses droits d'avoir recours à un avocat ou à un médecin, avant d'être hospitalisée. Si la personne intéressée doit être informée dès son admission, de son droit d'avoir recours à un avocat ou à un médecin, l'accomplissement de cette obligation n'a pas à précéder l'édition de la décision d'admission. Cette obligation d'information se rapporte à l'exécution de cette décision et est sans incidence sur sa légalité. Les mesures provisoires qui sont prises sur le fondement de l'article L.3213-2 du CSP, constituent des mesures de police. Elles doivent être motivées dans la mesure où elles restreignent l'exercice des libertés publiques ou constituent une mesure de police. Il est fait ici application de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979. Toutefois, elles entrent dans le champ d'application des exceptions prévues à l'article 24 de la loi du 12 avril 2000. En cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles, les décisions peuvent intervenir avant que la personne intéressée ait été mise à même de présenter des observations écrites et orales.

L'information exhaustive du patient en soins sans consentement est également indispensable au regard du principe de débat contradictoire. La circulaire<sup>699</sup> du 21 juillet 2011 décrit la procédure à respecter pour satisfaire à ce principe. Il signifie que chacune des parties doit être mise en mesure de discuter l'énoncé des faits et les moyens juridiques que ses adversaires lui ont opposés. Tout élément produit devant le juge doit être communiqué aux parties, donc au patient, de manière à faire l'objet d'un débat. Ce principe garanti à chaque partie, donne au patient le droit de prendre connaissance des arguments à la fois de fait, de droit et de preuve, à partir desquels sera prise la décision judiciaire. Le caractère contradictoire de la procédure préserve les droits de chaque partie et donc du patient. Le non-respect

---

696 CAA de Paris, 21 décembre 2007, n° 07PA00168.

697 C.E., 13 mars 2013, n°354976. Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

698 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens, dans leurs relations avec les administrations. JORF n°88 du 13 avril 2000 page 5646 texte n° 1.

699 Circulaire du 21 juillet 2011, relative à la présentation des principales dispositions de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge et du décret n°2011-846 du 18 juillet 2011 relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques

du principe contradictoire est d'ailleurs strictement sanctionné. En l'occurrence, la saisine après l'expiration du délai prévu par la loi rend impossible le respect du principe du contradictoire. Dans cette hypothèse, le législateur a prévu que le juge des libertés et de la détention constate sans débat que la mainlevée de l'hospitalisation est acquise. Le juge ne se prononce pas alors sur la nécessité de la mesure, mais uniquement sur la forme. L'information doit de plus être exhaustive et elle concerne notamment l'accès au conseil d'un avocat. A ce propos, le 21 février 2008, le Tribunal administratif de Melun<sup>700</sup> a annulé une admission en hospitalisation à la demande d'un tiers. L'hôpital ne rapportait pas la preuve d'avoir informé les requérants de leur droit d'accès à un avocat de leur choix.

Au titre de l'information nécessaire au débat contradictoire, l'avis d'audience adressé au patient indique que les pièces transmises au juge peuvent être consultées. Ces dispositions prévues à l'article R.3211-12 du CSP prévoient que le patient peut y accéder dans l'établissement où il séjourne. Cette consultation doit cependant avoir lieu, dans le respect de l'article L.1111-7 du CSP, qui prévoit un éventuel accompagnement médical. Cette dernière restriction soulève d'ailleurs une contradiction réglementaire qui pourrait être lourde de conséquences. Dans le cas d'un désaccord relatif à cet accompagnement, la Commission Départementale des Soins Psychiatriques dispose en effet, de deux mois pour rendre son avis qui fait alors autorité. Dans cette dernière hypothèse, ce délai d'accès au dossier est totalement incompatible avec ceux imposés par le contrôle du juge de plein droit. Si l'accès à l'information par le patient, a été entravé par les troubles ou s'il a refusé de se plier aux conditions particulières d'accès à son dossier, le juge doit l'informer à l'audience.

L'OMS<sup>701</sup> considère qu'il est « essentiel que la législation comprenne une disposition pour l'information des malades sur leurs droits lorsqu'ils traitent avec les services de santé mentale ». De ce point de vue, la formalisation et l'enregistrement des justificatifs d'information sur les droits de communication et de recours constitue une avancée car ils imposent une information effective du patient. Cependant, si le texte s'appuie sur les manques constatés antérieurement et prévoit une « notification des droits », il ne prévoit pas la qualité de la personne débitrice de cette information envers le patient. De plus, il n'est pas forcément opportun de confier l'information sur les moyens de remettre en cause l'hospitalisation à ceux qui s'efforcent de rechercher une alliance thérapeutique. L'information sur les droits de recours devrait plutôt être délivrée par une personne habilitée, mais non impliquée directement dans le processus de soins. Le psychiatre J-C. Pascal<sup>702</sup> expliquait à ce titre qu'il ne savait comment « signifier au patient dans certaines phases cliniques sa situation de contrainte ». Il craignait particulièrement les questions portant sur le tiers demandeur. Le praticien s'interrogeait sur les moyens et modalités nécessaires, pour respecter le droit de communication, sans nuire à son patient. Cette question s'avère particulièrement importante, mais les textes n'y répondent toujours pas. Selon les précisions apportées par la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, « la responsabilité de la délivrance de l'information devrait appartenir aux psychiatres pour les informations à caractère médical et au préfet ou au directeur d'établissement selon la procédure engagée pour les informations à caractère administratif ». La commission a cependant rajouté qu'il était très probable que « dans la pratique, toutes les informations seront fournies au patient par l'équipe soignante qui assurera sa prise en charge ». Le Ministère de la Santé<sup>703</sup> a précisé de son côté, qu'il « appartient aux établissements de santé de protocoliser, s'ils le jugent nécessaire, les modalités de délivrance de l'information au patient ». Ces positions énoncées par les parlementaires, puis par le ministère, frappent par leur caractère imprécis, au regard de l'enjeu que constitue désormais l'obligation d'information. En effet, le Tribunal de grande instance de Paris<sup>704</sup> a accordé des dommages et intérêts, au titre du préjudice subi, en relation avec une privation abusive de liberté. Selon ce jugement, le préfet et l'établissement ont été condamnés pour défaut de notification des décisions au patient. Le tribunal s'est fondé sur l'article 5-2

---

700 TA de Melun, 21 février 2008, n° 0709094/2 et 0709672/2, Th. J. C/ CH Paul Guiraud Villejuif.

701 *Livre de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme et la législation*, OMS. 2005.

702 PASCAL. JC, « Les difficultés éthiques dans la pratique des soins sans consentement », éditorial espace éthique de l'AP-HP, février 2011.

703 Foire aux questions. <http://www.sante.gouv.fr/la-reforme-de-la-loi-relative-aux-soins-psychiatriques.html>

704 TGI de Paris, 1ère chambre civile, 8 février 2012, n°11/01631.

de la Convention européenne, l'article 9-2 du Pacte international de New York, ainsi que l'article 8 de la loi de 1978<sup>705</sup>. L'ensemble de ces textes disposent que toute personne retenue doit être informée dans les plus brefs par l'administration des motifs de cette retenue. L'établissement a été spécifiquement condamné, faute de pouvoir prouver qu'il avait satisfait à l'obligation d'information du patient sur les droits de communication et de recours. Ce jugement est édifiant car il dégage clairement une obligation d'information envers le patient interné, non seulement sur la nature de la décision, mais aussi sur les voies de recours dont il bénéficie. De plus, il énonce une obligation renforcée d'information en faisant supporter la charge de la preuve à l'ensemble des autorités chargées de mettre en œuvre la mesure. Ce défaut d'information constitue enfin un préjudice en tant que tel, et ce même si la décision d'internement est justifiée sur le fond. Le régime de faute présumée est appliqué au défaut d'information et il a deux incidences possibles. Il constitue à la fois une cause de mainlevée par le juge des libertés ainsi qu'un préjudice indemnisable.

Le professeur Barbiéri<sup>706</sup> relève que le défaut d'information entrave la conscience et empêche la connaissance. Ce manquement à cette obligation ne permet pas au patient de consentir valablement. A ce titre, l'article R.4127-35 du CSP, relatif aux obligations déontologiques, dispose que le médecin « doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état et les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ». Cependant, on ne retrouve à aucun moment, dans les textes, une obligation d'information relative à la situation juridique du patient qui incomberait au médecin.

Par le passé, même lorsqu'ils en avaient connaissance, les patients utilisaient très peu leurs droits de recours. Sur ce constat, le législateur a donc renforcé la loi de plusieurs mesures permettant au patient de contester et de combattre l'obligation de soins. Cependant, c'est bien la possibilité d'accéder au juge avec un conseil qui lui permet désormais un exercice effectif de ses droits. La judiciarisation oblige les psychiatres, les soignants et les personnels administratifs à réviser certaines de leurs pratiques. Le recours au droit et l'exigence d'information par le patient ou ses proches ne pourra plus être assimilé à un symptôme d'une pathologie paranoïaque processive procédurière. La loi déroge au droit commun, en matière de confidentialité de l'information, dans la mesure où elle permet aux proches d'exercer des droits de recours en lieu et place du patient. Ces droits de communication et de recours peuvent être exercés à leur demande par les parents ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade. De la même façon, les mêmes peuvent saisir le JLD par un recours facultatif en vue de sortie immédiate. L'ensemble de ces droits dont jouissent les proches, qui se veulent protecteurs, confortent en même temps une infantilisation persistante du patient atteint de troubles mentaux. Ils impliquent implicitement une certaine ingérence des proches par l'accès à un minimum d'informations, concernant le patient. Pour agir éventuellement dans l'intérêt de ce dernier, ils doivent avoir une connaissance précise de sa situation.

Les dispositions relatives au tiers demandeur sont beaucoup plus délicates à appréhender. La pratique avait amené les professionnels de psychiatrie à considérer que la demande formulée par tiers ne devait pas être communiquée au patient pour ne pas mettre le tiers en danger. A la lecture de l'ensemble des dispositions examinées, la règle devient l'accès du patient, si nécessaire encadré, à l'intégralité des informations transmises au juge. Cette disposition comporte notamment l'accès du patient à l'identité du tiers demandeur de soins, et vient garantir le respect du principe contradictoire, prévu à l'article 16 du Code de procédure civile. Le juge X. Gadrat et le Dr F. Cochez<sup>707</sup> confirment ce point de vue et affirment que le respect du principe du procès équitable, et en particulier de la procédure contradictoire,

---

705 Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. JORF du 18 juillet 1978 page 2851.

706 BARBIERI. JF, *Le défaut d'information et responsabilité médicale : les principes de droit privé*. Les Petites Affiches, n° 2, 4 janvier 1995, p.16-19.

707 COCHEZ. F et GADRAT. X, *Les soins psychiatriques sans consentement. Après la loi du 5 juillet 2011*. Actualités sociales hebdomadaires. ASH. Numéro juridique. Mars 2012.

ne permet plus aujourd'hui d'opposer au malade le secret sur l'identité du tiers. A l'évidence, cette nouvelle orientation augure de difficultés à venir, particulièrement pour obtenir des demandes de tiers. Par voie de conséquence, on peut présumer un recours important probable à la procédure d'admission en cas de péril imminent. L'identité du médecin apparaît aussi sur l'arrêté préfectoral de placement d'office ou sur le certificat médical d'hospitalisation à la demande d'un tiers. Ces documents constituent à la fois des éléments du dossier médical et des pièces administratives. Ils sont donc communicables, mais leur communication pourra être encadrée de précautions particulières d'accompagnement. La CADA a estimé en 2002, que le préfet ne pouvait prendre son arrêté d'hospitalisation d'office, qu'au vu d'un certificat médical circonstancié, joint à l'arrêté préfectoral. Le nom du médecin signataire du certificat ne pouvait donc être occulté. La divulgation de l'identité du médecin était déjà la règle. Ce n'est que si ce certificat représente un risque pour la sécurité du médecin certificateur que le préfet doit être informé et éventuellement en tenir compte dans la rédaction de l'arrêté. Ce droit d'accès aux documents administratifs s'enracine dans l'article 15 de la DDHC. Ce dernier dispose que chacun a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. Enfin, les articles 1 et 6 de la loi du 17 juillet 1978<sup>708</sup> prévoient pour toute personne, le droit à l'information ainsi que l'accès aux documents administratifs la concernant. Cet accès est cependant limité, aux seuls intéressés, notamment lorsque les documents portent atteinte à la protection de la vie privée et au secret médical.

La loi du 5 juillet prévoit qu'avant chaque décision médico-administrative prononçant le maintien des soins ou définissant la forme de la prise en charge, la personne faisant l'objet de soins devait, dans la mesure du possible, être informée de ce projet de décision et mise à même de faire valoir ses observations. Avant les auditions par le juge, les soignants sont donc confrontés à une obligation d'information dont le contenu est purement juridique. La qualité de la personne informant le patient se pose donc avec d'autant plus d'insistance. Les textes prévoient une information au titre du débat contradictoire, mais elle ne saurait être délivrée par des soignants. Ces derniers en saisissent peu la portée, dans la mesure où ils ne sont pas formés à cela. Cette information ne consiste pas seulement à faire part au patient de la décision médicale le concernant, mais des motivations de cette décision. Il s'agit ici d'une information qui n'a pas forcément de caractère médical ou relative aux soins mais qui concerne des modalités juridiques. De plus, selon une perception encore dominante, les soins en psychiatrie ne pourraient être mis en œuvre qu'en violant les droits fondamentaux des patients ou en négligeant cet aspect dans la mesure où les soins contraints devraient prévaloir sur les considérations de droit. Effectivement, l'approche de la clinique psychiatrique intégrant le droit, constitue pour la France une nouveauté. A ce titre, l'irruption du juge judiciaire dans la contrainte psychiatrique a constitué un important bouleversement. Pour rendre ces dispositions efficaces, il existe encore un défaut flagrant de formation et d'information des avocats, sur ce contentieux. Cela devrait évoluer, dans un sens favorable, avec pour conséquence une meilleure défense des intérêts des patients.

En conclusion, si le législateur a bien envisagé la qualité du débiteur de l'information lors des débats parlementaires, il est resté très vague et n'a surtout rien traduit dans la loi. Le pouvoir exécutif n'a pas fait mieux en ne prévoyant aucune précision par décret, laissant l'organisation de cette information à la discrétion des établissements. La jurisprudence est cependant beaucoup plus claire à ce propos. Le Conseil d'Etat<sup>709</sup> a considéré le 28 juillet 2000 que le défaut d'information d'un patient interné constituait une faute dans l'exécution de la mesure. La Haute juridiction administrative a retenu : la combinaison des dispositions du Code de la santé publique, de l'article 5 de la Convention européenne, et de l'article 9-2 du Pacte international, relatif aux droits civils et politiques. Ainsi, lorsque l'autorité administrative prend une mesure de placement d'office, elle doit indiquer dans sa décision les considérations de droit et les circonstances de fait qui justifient cette mesure. Une fois la décision prise, elle doit informer le plus rapidement possible l'intéressé des motifs et d'une manière appropriée à son état. Le juge administratif a ainsi clairement imputé à l'autorité administrative la charge de l'information du patient.

---

708 Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. JORF du 18 juillet 1978 page 2851.

709 CE, 28 juillet 2000, n°151068, mentionné aux tables du recueil Lebon.

Cette décision permet de déduire que l'information administrative et procédurale relève bien des préfets et des directeurs représentants de l'autorité administrative. A titre indicatif, les avocats du Barreau de Versailles s'appuient régulièrement sur le non-respect de l'obligation d'information des patients au regard des droits de communication et de recours. Le JLD de Versailles a multiplié les mainlevées au motif que l'interné n'avait pas été informé de ses droits et voies de recours. Malgré ces exemples, nous assistons sur le terrain, à la mise en place de procédures d'information disparates sur ces droits. Dans le meilleur des cas, l'ensemble des professionnels a dû se familiariser avec de nouvelles obligations, par le biais d'actions de formation et de sensibilisation. Les textes n'ayant rien prévu, il appartient également aux avocats d'investir cette mission d'information dans leur rôle de conseil. La député J. Fraysse a interrogé le Gouvernement<sup>710</sup> au vu de l'imprécision des dispositions prévues. Elle a demandé en particulier au Gouvernement de désigner clairement le débiteur de cette information. Dans sa réponse<sup>711</sup>, le ministère de la santé a rappelé que la personne hospitalisée devait « être informée dès son admission et par la suite, à sa demande, de sa situation juridique et de ses droits ». Cette tâche « incombe toujours à l'établissement de santé auquel il appartient de déterminer les modalités de délivrance de l'information au patient et, le cas échéant de les protocoliser ». En cela, le Gouvernement a repris les éléments de discussion des débats parlementaires et fixé une obligation générale. Selon le ministère, les décisions, qu'elles émanent du directeur d'établissement ou du préfet, précisent les voies de recours permettant de les contester. Ainsi, l'avis d'audience indique à la personne concernée que son dossier est consultable et qu'elle peut adresser des observations. Le Gouvernement a toutefois précisé que, « pour aider les équipes hospitalières à délivrer une information adaptée aux questions de leurs patients, les services du ministère du travail, de l'emploi et de la santé et du ministère de la justice et des libertés (travaillaient) ensemble à l'élaboration d'un document d'information sur le contrôle systématique exercé par le juge et la participation à l'audience du patient ».

En résumé, il appartient à l'établissement de définir les modalités d'information envers le patient et de les protocoliser. Ce dernier doit aussi s'assurer que le patient est bien destinataire des décisions prises par le directeur ou le préfet. Il appartient également à l'établissement de s'assurer que le patient est bien destinataire de l'avis d'audience. A ce propos, compte tenu de l'état clinique qui place le patient en position de vulnérabilité, la seule remise de document ne saurait suffire à remplir cette obligation d'information. En effet, cette obligation doit comprendre un accompagnement adapté et personnalisé mais les modalités sont laissées, pour l'instant, à l'initiative de l'établissement et à la bonne volonté des soignants en attendant un support officiel. A titre d'exemple, au CH de Montauban, une information en deux temps a été prévue. Une information générale sur les droits de recours et de communication est délivrée au plus près de l'admission. Une deuxième information est délivrée ensuite avant audition par le juge. Il est précisé alors la possibilité d'accès au dossier et de transmission d'observations au juge. De même le patient est informé qu'il peut demander à être auditionné à huis clos. Le pôle de psychiatrie adulte a décidé que cette obligation d'information incomberait au psychiatre traitant et au cadre de santé de l'unité concernée.

## **B. Le consentement conditionné par l'information.**

Depuis l'arrêt *Mercier*, la relation entre le patient et le médecin constitue un contrat synallagmatique. Selon l'article 1109 du Code civil, « il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». Il importe donc d'examiner cette relation dans le contexte de la maladie mentale, au regard du consentement conditionné par l'information. La question est de savoir si dans ce cas, la situation peut être viciée par le dol ou la violence. Concrètement, le psychiatre, sous prétexte du « bien du patient », peut exercer sur lui ce qui constitue un dol ou une violence. C'est notamment lorsque le psychiatre ne va pas recourir à des soins sans consentement, en précisant toutefois au patient que s'il tente de s'y soustraire, alors il le

---

710 13<sup>e</sup> législature. Question écrite au Gouvernement n°125734 de Mme Jacqueline Fraysse (Gauche démocrate et républicaine - Hauts-de-Seine). Publiée au JO le : 03/01/2012 page : 23.

711 13<sup>e</sup> législature. Question n° 125734 publiée au JO le 08/05/2012 page : 3707.

contraindra à ces soins. En droit civil, la violence est une contrainte exercée en vue d'obtenir un consentement forcé. On parle alors de consentement extorqué. Cette contrainte peut être morale, c'est à dire exercée par l'intermédiaire de menaces qui font pression sur la personne. L'article 1113 du Code civil précise que « La violence est une cause de nullité du contrat, [...] lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante [...] ». Elle doit avoir déterminé le cocontractant à consentir. Le Code civil précise à l'article 1112 qu'« il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent [...] ». L'appréciation *in concreto* par la jurisprudence prend alors en compte les spécificités de celui qui se dit victime de violence tel que l'âge, le sexe et la condition ». Pour être reconnue comme vice du consentement, la menace doit être illégitime, c'est à dire illégale. Dans l'hypothèse qui nous intéresse, la menace apparaît comme illégitime puisque le patient n'est pas juridiquement contraint, en revanche, il l'est de fait. En usant de ce subterfuge, le psychiatre le prive en plus du contrôle judiciaire, dont il aurait bénéficié en soins sans consentement. Dans une autre hypothèse par laquelle le psychiatre va omettre volontairement de délivrer certaines informations au patient, la question se pose d'un dol en tant que vice du consentement. Contrairement à l'erreur, le dol suppose une volonté de tromper. En l'occurrence, le dol consiste à induire l'autre en erreur. Selon l'article 1116 du Code civil, Le dol entraîne la nullité lorsque sans les manœuvres pratiquées par l'une des parties, l'autre partie n'aurait pas contracté. La jurisprudence assimile au dol le mensonge et la réticence dolosive. C'est notamment le cas lorsque le consentement a été obtenu au regard d'une information sur des conditions d'hospitalisation erronées, promettant une chambre individuelle et des autorisations de sortie, alors qu'il n'en est rien. Cette lecture en droit civil vient en fait conforter le contentieux spécifique aux soins psychiatriques, notamment au regard du défaut d'information, que celui-ci se caractérise par l'absence, l'insuffisance ou l'inexactitude de l'information.

Le consentement est principalement conditionné par la qualité de l'information. A ce titre, le texte du 5 juillet 2011 se caractérise également par sa faiblesse au regard de la notion de consentement. Alors que la loi du 4 mars 2002 développe longuement le principe de consentement, la loi du 5 juillet 2011, qui est toujours basée sur le consentement, est quasi muette à ce sujet pourtant primordial. Certaines personnes peuvent souffrir de troubles mentaux irréversibles liés à une détérioration organique. C'est le cas des démences liées à la sénilité ou des démences alcooliques précoces<sup>712</sup>. Faute de dispositions spécifiques, et face à l'impossibilité cognitive à consentir, ces personnes se retrouvent soit internées de façon abusive, soit en « fausse » hospitalisation libre. Les risques liés aux troubles cognitifs font courir des risques importants à ces patients, et il importe donc de les protéger. De ce point de vue, il est regrettable que la réforme n'ait toujours pas envisagé ce type de situations pourtant bien connues des professionnels. Ici se pose la question, de concilier le principe d'autonomie avec le soin, pour certaines personnes dans l'impossibilité d'exprimer un consentement. La réponse aux exigences éthiques et thérapeutiques nécessiterait de reconsidérer le cadre juridique du consentement de ces personnes là. Pour la Commission nationale consultative des droits de l'homme<sup>713</sup>, « le contrôle sur les limitations de la liberté de malades ayant perdu leur discernement, ouvre un champ où la réflexion est encore très embryonnaire, celui des pratiques de privation de liberté imposées à d'autres publics ». La Commission souligne en particulier « [...] le cas des personnes âgées ayant perdu leur discernement et placées dans des établissements spécialisés », comme des situations appelées à prendre de l'ampleur.

Le « libre choix » du médecin constitue une composante essentielle du consentement. A ce titre, la sectorisation géographique des soins psychiatriques ne devrait pas constituer un obstacle à ce libre choix. La liberté de consentement pour un patient atteint de troubles mentaux dépend également de sa possibilité de choisir son praticien. Le colloque singulier en psychiatrie ne peut pas s'accommoder du non-respect de ce principe. A l'évidence, même si ce principe de « libre choix » est clairement explicité dans le nouveau texte législatif, il est à craindre que se perpétue une application restrictive de la

---

712 Syndrome de KORSAKOV.

713 Avis sur les premiers effets de la réforme des soins psychiatriques sans consentement sur les droits des malades mentaux, CCNDH, (Adopté en assemblée plénière le 22 mars 2012).



sectorisation purement géographique au détriment du principe fondamental de « libre choix ». De plus, ce « libre choix » porte non seulement sur la personne du praticien et de l'équipe soignante, mais aussi sur la nature des soins. Dans le manifeste<sup>714</sup> de Barcelone contestant le DSM IV, les signataires ont ainsi souhaité dénoncer que soit imposé un traitement unique qualifié de « thérapies codifiées pour troubles formatés », et ce au mépris des différentes théories et stratégies thérapeutiques et de la liberté de choix du patient. Il est à noter, dans la rédaction du Code de la santé publique<sup>715</sup>, une connotation infantilisante et paternaliste, puisque le patient n'est pas seul pour exercer ce libre choix. En effet, « toute personne faisant l'objet de soins psychiatriques ou sa famille dispose du droit de s'adresser au praticien ou à l'équipe de santé mentale, publique ou privée, de son choix ». Cette disposition déjà présente dans la loi de 1990 relative aux prérogatives de la famille du patient persiste dans le nouveau texte. Dans la controverse en cours, autour de la prise en charge des malades mentaux, l'ignorance du droit au libre choix, pourtant fondamental, n'a fait l'objet de quasiment aucune critique. Ni les usagers, ni le monde médical n'ont soulevé cette question. Ceci s'avère toutefois cohérent, avec la quasi-absence de contentieux sur ce sujet, à ce jour. Jusqu'à présent, les principes de la sectorisation en matière d'accès, à l'équipe de secteur, n'ont pas été réellement remis en cause devant les juridictions. Le respect du libre choix du médecin et de l'équipe soignante en psychiatrie est un principe toujours aussi difficile à appliquer.

### **§3. Une évaluation et un suivi clinique plus exigeant.**

Le serment d'Hippocrate, adopté par le Conseil national de l'ordre des médecins en 1996, énonce que le médecin doit établir, préserver ou promouvoir la santé dans tous ses éléments, physiques et mentaux, individuels et sociaux et respecter toutes les personnes, leur autonomie et leur volonté, sans aucune discrimination selon leur état ou leurs convictions. Le médecin devra protéger les personnes si elles sont affaiblies, vulnérables ou menacées dans leur intégrité ou leur dignité, informer les patients des décisions envisagées, de leurs raisons et de leurs conséquences. Admis dans l'intimité des personnes, il doit taire les secrets qui lui seront confiés. Ce serment contient à l'évidence des éléments de compréhension de l'arrêt *Mercier* et de ses suites. Selon la Cour de cassation<sup>716</sup>, il se forme entre le médecin et son client un contrat. Le praticien prend l'engagement, sinon de guérir le malade, du moins de lui donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science. La violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle. Selon l'article 1101 du Code civil, le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, faire ou à ne pas faire quelque chose. Malgré la reconnaissance de l'existence d'un contrat, la jurisprudence a longtemps privilégié les dispositions prévues à l'article 1382 du Code civil, relatif à la responsabilité civile délictuelle. La difficulté résidait dans la difficulté de préciser le contenu du contrat du côté du médecin. C'est la jurisprudence qui, au vu de la nature contractuelle de la responsabilité médicale, a dû décider si l'obligation qui pesait sur le praticien était une obligation de moyens ou de résultat. C'est la première considération qui est retenue selon les termes de la Cour de cassation. En effet, le praticien ne prend pas l'engagement de guérir le malade mais de lui donner des soins. Ceux-ci doivent être consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science. Cela veut dire que le praticien doit être diligent et qu'il doit appliquer les traitements généralement utilisés dans les cas similaires. A ces obligations, la jurisprudence postérieure a ajouté celle d'informer le patient des risques inhérents à l'acte ou au traitement conseillé. Lorsque le patient se plaint d'une inexécution de cette obligation, la charge de la preuve pèse sur le médecin depuis une jurisprudence de 1997. La preuve peut être amenée par tout moyen et cette obligation d'information a été inscrite dans la loi du 4 mars 2002. Bien que le patient soit en position statutaire à l'hôpital public, l'esprit de l'arrêt *Mercier* se retrouve à l'article L.6143-7 du CSP, prévoyant que si le directeur exerce son autorité sur l'ensemble du personnel, il exerce cette autorité dans le respect « de l'indépendance professionnelle du praticien dans l'exercice de son art ». Cette rédaction respectueuse des prérogatives du praticien impose toutefois à

<sup>714</sup> Manifeste pour une psychopathologie clinique non statique, Barcelone, 14 avril 2011.

<sup>715</sup> Art L3211-1 alinéa 2 du CSP.

<sup>716</sup> Cass. Civ, 20 mai 1936, *Dr Nicolas c/ Époux Mercier*.

ce dernier une rigueur particulière en psychiatrie. Au vu des enjeux liés à la fois à la protection de la santé et des libertés individuelles, mais également des aspects sécuritaires, le psychiatre porte une lourde responsabilité. A ce titre, il lui appartient de systématiser une réflexion comparant les risques et les bénéfices liés à ses décisions, et d'être particulièrement vigilant quant aux prescriptions de surveillance. Le juge administratif précise également en plus de l'obligation médicale, une obligation d'initiative spécifique pour le personnel soignant dans la surveillance d'un traitement psychotrope. La Cour administrative d'appel de Lyon<sup>717</sup> a ainsi sanctionné l'hôpital d'Ajaccio pour faute médicale et faute dans l'organisation et le fonctionnement du service. Il s'agissait du décès d'un patient consécutif à un surdosage de médicaments. En l'occurrence, un traitement par médicaments psychotropes, associant neuroleptiques, benzodiazépines et barbituriques à doses importantes, aurait dû s'accompagner d'une surveillance particulièrement attentive. Mais, « le personnel hospitalier n'avait reçu aucune consigne particulière en ce sens ». Malgré cela le juge considère toutefois que le personnel soignant a un devoir d'initiative. Ainsi, selon la décision, « il appartenait au personnel [...] de prendre néanmoins l'initiative d'informer de l'incident un membre du corps médical ».

Le contexte particulier des admissions sous contrainte en psychiatrie peut amener à la négligence d'une pathologie somatique sous jacente dont peut souffrir le patient. Les symptômes psychiatriques évidents *a priori*, et l'agitation dont peuvent faire preuve les patients, induisent prioritairement une prise en charge psychiatrique en urgence. Pourtant, déroger à cette obligation d'examen somatique peut engendrer des situations dramatiques en l'absence de soins nécessaires. La Cour de cassation<sup>718</sup> a examiné la situation d'une patiente amenée pour un examen psychiatrique par les services de police après avoir troublé son voisinage. Le psychiatre qui a assuré sa prise en charge et décidé de sa réorientation vers un établissement spécialisé, n'a pas diagnostiqué l'hypothermie ayant entraîné par la suite la mort. La Cour a écarté une responsabilité pénale, mais a relevé un défaut d'organisation du service ayant assuré la prise en charge initiale ouvrant droit à indemnisation des ayants droits.

Le défaut de prise en charge somatique peut être également qualifié de maltraitance et faire l'objet de poursuites pénales. Le Conseil de l'Europe a défini en 1987<sup>719</sup> la maltraitance comme une violence se caractérisant par « tout acte ou omission commis par une personne, s'il porte atteinte à sa vie, à l'intégrité corporelle [...] d'une autre personne ». Le Conseil a complété cette définition en 1992 en élaborant une typologie des actes de maltraitance comprenant notamment les violences médicales ou médicamenteuses. Parmi ces violences, figurent les abus de traitements sédatifs ou neuroleptiques. Dernièrement, la presse<sup>720</sup> a fait état de la condamnation pénale de deux psychiatres, pour homicide involontaire, devant le tribunal correctionnel de Pontoise. Cette condamnation à des peines de prison avec sursis et d'amende, faisait suite au décès d'une patiente d'un hôpital psychiatrique. La jeune patiente admise pour des troubles du comportement avait succombé à une « fausse route » alimentaire, alors que son état de santé s'était sérieusement dégradé. Malgré cette détérioration, imputable aux effets secondaires des neuroleptiques, aucun des deux psychiatres n'avait jugé bon de les stopper, ni de procéder aux analyses nécessaires. Malgré le tableau clinique, les praticiens n'avaient pas procédé au transfert vers un service d'urgences médicales. Cet exemple vient démontrer l'intervention de plus en plus évidente du juge répressif, dans le domaine de la protection de la santé, et ce indépendamment des dispositifs existants d'indemnisation. Pour éviter les négligences et écarter l'origine somatique d'un trouble d'allure psychiatrique, la loi de 2011 instaure un examen somatique obligatoire. Il doit avoir lieu dans les vingt-quatre heures qui suivent l'admission en soins sans consentement. Le contenu de l'examen somatique en question prescrit par la loi est conforme aux recommandations préexistantes de la HAS<sup>721</sup>, il s'avère indispensable, mais ne saurait exonérer d'un suivi régulier ultérieur.

---

717 CAA de Lyon, 19 septembre 1996, n° 92LY00594, Inédit au recueil Lebon.

718 Cass, ch Crim, 18 septembre 2007, n°07-80.037.

719 Colloque du Conseil de l'Europe sur la violence au sein de la famille : 25-27 Novembre 1987.

720 LAURENT. Q et ALLEZY. L, « Prison avec sursis pour deux psychiatres ». 31.01.2013. *leparisien.fr*

721 Modalités de prise de décision, concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement, d'une personne présentant des troubles mentaux, HAS, 2005.

L'article R.3213-3 du CSP exige que les certificats et les avis médicaux nécessaires aux soins sans consentement soient précis et motivés. Les psychiatres se sont plaints des exigences de multiplication et de contenus des certificats et avis médicaux. Il est vrai que, d'un point de vue pratique, ce travail demande du temps et nécessite un nombre important de praticiens disponibles. Effectivement, la démographie de praticiens constitue dans certains endroits une réelle complication. En revanche, cette exigence garantit que le patient sera examiné et entendu plusieurs fois. De plus, il le sera par des psychiatres différents, permettant ainsi un regard croisé et d'une certaine manière contradictoire, sur la pathologie et la réalité des troubles. Malgré les contraintes réelles, nous sommes désormais sûrs que l'état du patient est régulièrement évalué et cette série d'examens vient de plus suppléer l'absence d'expertise réalisée lors de l'admission. Il s'agit d'une avancée significative par rapport à certaines situations passées où les certificats pouvaient être simplement formels, répondant à la seule la régularité chronologique exigée par les textes. Parmi les détracteurs de la multiplicité des certificats médicaux, la fondation Terra Nova<sup>722</sup> s'est livrée à une analyse étonnante de la réforme du 5 juillet 2011. Elle a déploré que l'avancée essentielle en matière de libertés publiques, se soit accompagnée d'un alourdissement considérable de la charge de travail administrative. Elle dénonçait la multiplication des certificats médicaux qui, selon elle, risquait de se faire au détriment du temps de soins. Terra Nova paraît considérer dans son argumentation que l'établissement d'un certificat médical relève d'une formalité administrative et non du soin, faisant ainsi abstraction de l'importance du colloque singulier entre le psychiatre et le patient à l'occasion de l'établissement de ces certificats. Ces étapes sont en effet d'autant plus importantes qu'elles sont censées évaluer le niveau de consentement et la fin ou le maintien de la mesure

Localement, le préfet de Tarn-et-Garonne s'est récemment appuyé sur l'article R.3213-3 du CSP pour un rappel écrit aux psychiatres, relatif à la motivation des certificats médicaux. Le représentant de l'Etat a précisé que, lorsque ces derniers concluent à la nécessité de lever une mesure d'hospitalisation complète, les certificats doivent être motivés « au regard des soins nécessités par les troubles mentaux de la personne intéressée et des incidences éventuelles de ces troubles sur la sûreté des personnes ». Si nous retrouvons ici la demande d'une forme de prédiction par l'autorité administrative, d'un point de vue plus général, cela signe la vigilance particulière du représentant de l'Etat. En effet, ce dernier voit ses décisions désormais contrôlées par le juge qui veille strictement au contenu des certificats qui lui sont soumis. En conclusion, si la multiplicité des certificats et avis médicaux est vécue comme une contrainte forte par les psychiatres, ils représentent néanmoins la garantie d'un suivi régulier et pluraliste du patient. De plus, ces certificats et avis médicaux doivent être argumentés et circonstanciés car ils constituent des documents sur lesquels le juge devra se prononcer. A ce propos, dans une ordonnance du 19 octobre 2011, le JLD de Lyon a décidé la mainlevée d'une hospitalisation d'office<sup>723</sup>. Le certificat initial, fondant l'arrêté préfectoral, était insuffisamment circonstancié. Il ne décrivait pas en quoi le comportement de la personne troublait de façon grave l'ordre public, ou était dangereux pour lui-même ou pour autrui. Dans le même esprit, le JLD de Paris a prononcé par ordonnance du 23 mai 2012, la mainlevée d'un internement sur demande d'un tiers. L'avis médical conjoint de deux psychiatres de l'établissement ne concluait pas à la nécessité de maintenir des soins psychiatriques contraints et *a fortiori* sous le régime de l'hospitalisation complète. Enfin, lors d'une réintégration en hospitalisation complète, pour absence de suivi, d'un programme de soins, les exigences en suivi et contrôle médical sont moindres. La Cour d'appel de Rouen a dû statuer le 21 novembre 2011<sup>724</sup>, en précisant qu'il n'était pas nécessaire dans ce cas, d'établir les certificats de vingt-quatre heures et soixante-douze heures. Le passage devant le JLD était, dans ce cas, motivé seulement par le fait que le patient avait fait l'objet d'une mesure privative de liberté. Il ne s'agissait pas d'une première mesure d'admission en soins psychiatriques.

---

722 CHIERICI. P et PRADALIÉ. G, pour la fondation Terra Nova, « Quelques repères pour la psychiatrie publique », 21 septembre 2012, note 1/9, [www.tnova.fr](http://www.tnova.fr)

723 TGI de Lyon, ordonnance du JLD, 19 octobre 2011, requêtes 587 et 595.

724 CA de Rouen, juridiction du premier président, ordonnance du 21 novembre 2011.

Devant la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, les députés G. Lefrand et S. Blisko ont présenté leur rapport sur la mise en application de la loi du 5 juillet 2011 relative aux soins sans consentement. Ils ont fait part du problème que constituait le nombre de certificats médicaux à produire et de la difficulté à trouver des rédacteurs. Les deux parlementaires ont enfin souligné que les caractéristiques du médecin signataire des certificats posaient des problèmes pratiques vis-à-vis du JLD. Certains juges ont en effet une conception extensive, considérant qu'il s'agit de tout psychiatre ayant eu affaire au patient concerné au cours de son hospitalisation. Les députés recommandent donc de retenir la définition de « psychiatre responsable à titre principal du patient ». D'un point de vue formel, nous relèverons enfin l'exigence de certificats dactylographiés, prévue à l'article R.3213-3 du CSP. Cette disposition technique paraît abusive, car peu en rapport avec certaines situations d'urgence notamment. De plus, cette exigence ne s'applique qu'aux décisions du préfet et pas aux décisions du directeur et ce, sans réelle justification.

#### **§4. Une montée en puissance relative des pouvoirs de la Commission Départementale des Soins Psychiatriques (CDSP).**

Dans la décision du 26 novembre 2010, relative aux soins psychiatriques, le Conseil constitutionnel reconnaît les pouvoirs étendus de la CDSP. Cependant, les sages considèrent qu'il s'agit d'une commission administrative, à qui la loi ne peut valablement confier la protection de la liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution. Lors de leurs visites, les différentes autorités administratives et judiciaires sont censées recevoir les réclamations des personnes admises en soins psychiatriques sans leur consentement. Elles doivent procéder, le cas échéant, à toutes les vérifications utiles. Elles sont également censées contrôler, entre autre, la bonne application des dispositions législatives prévues envers les malades mentaux. La nouveauté concernant les contrôles, apportée par la loi du 5 juillet, réside dans l'extension des prérogatives de la CDSP<sup>725</sup> au-delà de son champ d'action préexistant. Dans chaque établissement de santé, une commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRUQ) existe déjà. Elle a pour mission de veiller au respect de la prise en charge des droits des usagers, et de contribuer à l'amélioration de la qualité de l'accueil des personnes malades, et de leurs proches. Désormais, lorsque cette commission est saisie par une personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement, elle peut confier l'instruction de la demande à la CDSP<sup>726</sup>. Cette nouvelle disposition s'avère plus protectrice dans la mesure où deux psychiatres et un magistrat siègent à la CDSP, ce qui n'est pas le cas de la CRUQ. La CDSP sera comme par le passé amenée dans certains cas à arbitrer l'accès du patient aux informations le concernant. Les prérogatives de la CDSP sont enfin complétées par le contrôle périodique des autorités judiciaires et administratives. Selon le cas, la commission peut décider ou proposer la mainlevée d'une mesure contrainte. Selon l'article L.3212-9 du CSP, le directeur doit prononcer la levée de la mesure de soins psychiatriques lorsqu'elle est demandée par la commission. Dans le cas des soins, sur décision du préfet, celui-ci peut mettre fin à la mesure de soins, sur proposition de la commission. Ainsi, la commission se voit désormais conférer un pouvoir de visite et de recueil des réclamations qui est complémentaire au contrôle du juge des libertés. Elle peut également saisir le JLD, dans le cadre de l'intervention facultative, afin qu'il statue sur la mainlevée d'une hospitalisation complète ou d'un programme de soins. La loi confère enfin une nouvelle prérogative à la CDSP dans les cas exceptionnels de soins sans consentement pour péril imminent. En effet, selon l'article article R.3223-8 du CSP, elle examine systématiquement la situation des personnes dont l'admission a été prononcée selon la procédure de péril imminent, avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de l'admission puis au moins une fois tous les six mois. La Commission doit enfin rendre compte de son rapport annuel d'activité. Le rapport s'adresse au juge des libertés, au préfet, au directeur général de l'agence régionale de santé, au procureur de la République et au Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Toutefois, malgré une volonté de réforme, la CDSP reste toujours éloignée des critères qui qualifient une

---

725 Art L.1112-3 du CSP.

726 Art L.1112-3 du CSP.

juridiction. En effet, l'article R.3223-2 du CSP dispose que « Si au cours de son mandat, un membre de la commission vient à relever d'une incompatibilité [...] le préfet, met fin à ses fonctions et procède à son remplacement ». Ces dispositions démontrent une dépendance évidente de la CDSP par rapport au pouvoir exécutif. C'est au préfet qu'il revient de procéder à la désignation et au remplacement des membres. L'article R.3223-7 du CSP prévoit de plus que le siège de la commission soit fixé par le préfet et que son secrétariat soit assuré par l'agence régionale de santé. La volonté initiale de confier systématiquement la présidence de la commission au magistrat n'a pas non plus été concrétisée. L'article R.3223-3 du CSP dispose que « la commission désigne en son sein son président par vote à bulletin secret ». Malgré les réserves importantes formulées, au vu de l'ensemble de ces dispositions, la CDSP semble toutefois jouer un rôle plus important que dans le cadre de la loi de 1990.

En Tarn-et-Garonne, la première CDSP qui s'est tenue a été l'occasion d'un échange de vues après la mise en œuvre de la loi du 5 juillet. Le magistrat président, siégeant par ailleurs comme JLD, a été très attentif aux remarques des cadres hospitaliers présents, surtout à propos de l'impact des auditions publiques sur les patients. Le signe objectif de la montée en puissance, du rôle de la CDSP réside également dans la fréquence de ses visites qui s'avère beaucoup plus importante depuis le 1<sup>er</sup> août 2011. Enfin, le lien avec la CRUQ s'est concrétisé en Tarn-et-Garonne, puisque cette dernière a été destinataire du rapport d'activité de la CDSP.

## **SECTION 2. L'INTERVENTION DU JUGE JUDICIAIRE GARANT DE LA LIBERTÉ D'ALLER ET VENIR.**

La loi de 1838 relative aux aliénés, comme la loi du 27 juin 1990, prévoyait un recours au juge en vue de sortie immédiate *a posteriori* et facultatif. Depuis 2000, ces décisions doivent de plus être rendues selon la procédure du référé. Lors de ces recours, la France a été fréquemment condamnée par la CEDH sur la base de l'article 6 de la Convention européenne. La Cour sanctionnait régulièrement le non respect du « bref délai ». Bien que rares et sous la forme de référés, les ordonnances étaient rendues plusieurs mois après la saisine du juge. Suite à la jurisprudence constante et répétée de la CEDH, c'est un décret du 20 mai 2010<sup>727</sup>, relatif à la procédure de sortie immédiate des personnes internées, qui est enfin venu préciser les délais impartis. La mise en œuvre de ces délais impartis a entraîné plusieurs cas de sorties de patients, sur ordonnance du JLD, qui préfiguraient la montée en puissance future du rôle du juge.

### **§1. Protection des libertés individuelles et ordre public : un conflit de compétences entre le juge et le préfet.**

Les conflits de compétences entre juge et préfet tiennent à l'exercice de missions apparemment contradictoires. Le clivage entre le juge, protecteur des libertés individuelles et l'administration, garante de l'ordre public constitue *a priori* une « zone d'affrontement » juridique et le domaine de la psychiatrie n'y échappe pas. Cette source de conflit pourrait toutefois être largement atténuée avec un découplage entre la discipline psychiatrique et l'ordre public, comme le préconisent de nombreux acteurs. Ceci impliquerait toutefois une redéfinition de l'ordre public dans sa dimension purement sécuritaire liée à la dangerosité. De plus, ce conflit de compétence génère parfois un effet paradoxal et un inversement des rôles. C'est en particulier le cas pour les patients ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale. C'est alors le préfet qui participe à la protection des libertés individuelles, lorsqu'il lui appartient de prononcer la remise en liberté des personnes internées sur décision judiciaire. En l'occurrence, il dispose d'une compétence exclusive, affirmée par la jurisprudence de la Cour d'appel de Nouméa, en 2010<sup>728</sup>. Cette décision affirme que le juge des libertés et de la détention n'est pas compétent pour mettre fin à une hospitalisation d'office prononcée par le juge pénal aux termes des dispositions de

727 Décret n° 2010-526 du 20 mai 2010, relatif à la procédure de sortie immédiate des personnes hospitalisées sans leur consentement prévue à l'article L. 3211-12 du code de la santé publique. JORF n°0117 du 22 mai 2010 page 9437 texte n° 7.

728 CA de Nouméa, 29 octobre 2010, n° 08/711.

l'article 706-135 du CPP. *A contrario*, le juge judiciaire devient à son tour garant de l'ordre public selon l'article 706-135 du Code de procédure, puisqu'il peut décider l'internement du prévenu pénalement irresponsable si les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public. D'ailleurs, dans cette circonstance, le juge, même s'il ne décide pas lui-même, se doit d'aviser « immédiatement » le préfet.

## **§2. Pouvoir effectif de contrôle du juge des libertés et de la détention : une loi asymétrique.**

De façon générale, on considère les tribunaux judiciaires comme protecteur naturel du domaine des libertés individuelles. Outre l'article 66 de la Constitution, l'article 136 du Code de procédure pénale prévoit de même que le juge judiciaire est exclusivement compétent dans les cas d'atteinte à la liberté individuelle. Le juge judiciaire peut donc être amené à juger l'administration, mais seulement face aux actes administratifs portant une atteinte aux libertés individuelles, sa compétence n'est pas générale et absolue. Elle s'exerce dans les cas définis par la jurisprudence, et en particulier à la voie de fait. La voie de fait est constituée lorsque l'administration a porté une atteinte grave à une liberté fondamentale, notamment par l'exécution irrégulière d'un acte administratif. Le juge judiciaire est alors compétent pour constater l'existence de la voie de fait, la faire cesser et fixer des indemnités. Toute mesure limitative ou privative des libertés relève en principe du pouvoir judiciaire, mais la psychiatrie a longtemps échappé à ce principe par la possibilité de déroger au principe de consentement. Cette exception conférait de fait un pouvoir exorbitant au médecin ainsi qu'à l'autorité administrative, qui pouvaient contraindre par corps, enfermer, isoler, contenir, traiter, y compris contre la volonté du patient. Il n'existait jusqu'alors que le serment d'Hippocrate comme limite réelle au pouvoir médical. Le serment prescrit *primum non nocéré*, ce qui signifie que le médecin doit être sinon utile ou du moins ne pas nuire. Ces modalités spécifiques de prise en charge psychiatrique sans consentement sont au centre des droits de l'homme. La source constitutionnelle figure à l'article 2 de la DDHC, relatif à la liberté à la sûreté et la résistance à l'oppression. Il s'agit également des principes d'inviolabilité et d'indisponibilité du corps humain, qui sont constitutifs du respect de la vie humaine et de la dignité de la personne. Face aux arguments des tenants du maintien d'un certain paternalisme médical, l'intervention du juge et le respect d'une procédure permettent une inscription dans le temps et un débat contradictoire. La judiciarisation vient alors restaurer le patient dans un statut de citoyen et de sujet de droit. Cela le confronte aux valeurs de dignité, de liberté et de responsabilité. L'intervention du juge peut ainsi permettre d'envisager de manière nouvelle les relations de la psychiatrie avec le respect des libertés individuelles. La loi du 5 juillet 2011 que nous étudions se révèle toutefois asymétrique, ce qui lui vaut le qualificatif de sécuritaire. La décision de restriction de liberté qui accompagne les soins sans consentement est exécutoire de plein droit et immédiate. En revanche, le retour à la liberté ne peut être examiné par le juge qu'au quinzième jour. Il ne peut avoir lieu qu'après un délai de six heures, pendant lequel le procureur de la République peut faire appel avec effet suspensif.

Il est admis que, quelle que soit sa situation, chacun doit bénéficier d'un accès égal à la justice. Cette égalité devant la justice doit se traduire, entre autres, par la consécration d'un droit d'accès au juge. Face à cette exigence, la France est « une et indivisible [...] ». Elle « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction », comme l'indique l'article premier de la Constitution. Les justiciables se trouvant dans une situation identique doivent donc être jugés par un même tribunal, et selon les mêmes règles de procédure et de fond. Précisément, l'égalité des droits s'entend comme une égalité entre tous les individus placés dans des circonstances similaires. Ceci implique l'égalité des citoyens, devant l'application de la loi par les pouvoirs publics, ainsi que par l'institution judiciaire. En ce qui concerne les malades mentaux, la décision du Conseil Constitutionnel du 9 juin 2011 a rappelé que l'hospitalisation sous contrainte devait nécessairement être proportionnée à ses objectifs. A cette fin, la situation des personnes hospitalisées doit nécessairement être réexaminée à « bref délai », au vu de l'évolution de leur état de santé. En instaurant le deuxième contrôle et les suivants tous les six mois, le législateur ne semble pas avoir pris en compte la nécessité de réexamen, dans un « bref délai ». Ce principe avait été rappelé par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 9 juin 2011. Pour les

sages, s'appuyant sur les articles 64 et 66 de la Constitution, seul un contrôle systématique à « bref délai » du juge permet de respecter la Constitution. Il semblait par conséquent douteux que ce contrôle semestriel, prévu dans la loi, réponde à une fréquence conforme aux exigences de « bref délai ». Nous avons vu dans la décision des sages du 20 avril 2012, qu'il n'en était rien.

L'association des établissements de santé mentale (ADESM) recommande de défendre l'idée que la démarche auprès du juge constitue un contrôle protecteur des droits du patient et non un contentieux. Il s'agit bien d'une procédure civile, qui doit être appréhendée comme telle. Plusieurs interprétations se sont toutefois dégagées suite à l'application du nouveau texte. Localement, nous avons pu mettre en évidence dans un premier temps, une confusion dans l'esprit des patients, entre la décision administrative d'internement et la nature de l'intervention du juge. La dualité des compétences entre le représentant de l'Etat et le juge judiciaire, était comprise comme une décision privative de liberté initiale, que le juge venait rectifier dans un deuxième temps, créant ainsi des espoirs déçus chez les patients. D'un point de vue chronologique, à la lumière des premiers mois d'application du texte, pour certains psychiatres il apparaît que l'audition à quinze jours paraît précoce. Plusieurs praticiens défendent une judiciarisation complète avec un examen judiciaire sur pièce lors de l'entrée suivie d'une audience judiciaire de contrôle à trente jours. Après quelques mois, les appréhensions des patients semblent s'atténuer, au contraire ils perçoivent de mieux en mieux le rôle protecteur du magistrat.

Alors que la privation de liberté pour le condamné, prévue par le Code pénal, est évidente, il n'existait aucune certitude sur la nécessité de la contrainte pour le patient atteint de troubles mentaux. Il est clair que le contrôle judiciaire de plein droit, instauré par la loi du 5 juillet 2011, vient atténuer largement cette incertitude. A un moment où l'état du patient n'est pas forcément stabilisé, le juge va le rencontrer et lui expliquer le cadre de son intervention. Le magistrat va vérifier que l'hospitalisation est toujours justifiée tout en évitant de donner de faux espoirs à un patient qui n'a rien sollicité. Le contrôle du juge constitue la promesse d'une garantie de la liberté individuelle et la reconnaissance d'un statut de « sujet de droit » pour chaque patient. Pour se prononcer dans ce contexte inédit, le juge doit se référer aux principes constitutionnels. Il doit vérifier si, dans le contexte de soins contraints, l'atteinte à la liberté du patient est à la fois adaptée, nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis. Pour une mesure de soins en hospitalisation complète sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent, le juge devra constater l'impossibilité de consentir en raison des troubles mentaux ainsi qu'un état mental imposant des soins et une surveillance constante en hospitalisation complète. Pour une mesure du représentant de l'Etat, le juge devra se déterminer, en considération d'un double critère. Les troubles mentaux devront nécessiter des soins, et être également de nature à compromettre la sûreté des personnes ou à porter atteinte de façon grave à l'ordre public. Cependant cette procédure judiciaire inédite intervient dans un contexte préexistant pour lequel la référence de tout médecin est exclusivement la santé du patient. Cette approche sanitaire est d'ailleurs souvent empreinte d'un certain « paternalisme médical ». En effet, pour les praticiens convaincus depuis toujours d'agir pour le bien des patients, la liberté n'est pas forcément un point de repère essentiel. Certains d'entre eux considèrent toujours que l'intervention du juge est préjudiciable parce que de nature à retarder « l'alliance thérapeutique » avec le patient. Selon leur point de vue, le malade s'opposant à la mesure privative de liberté, pourrait se sentir conforté dans son rejet des soins, par le processus juridictionnel. Le juge va donc devoir trouver sa place de garant de la liberté individuelle, en complémentarité de la mission de soins des psychiatres, et des personnels hospitaliers. Le principe de la judiciarisation systématique paraît toutefois être majoritairement bien accueilli.

La place des psychiatres reste fondamentale. Le juge fonde sa décision sur la base des certificats fournis par le praticien assurant la prise en charge, et des certificats complémentaires de confrères du même établissement. La succession de certificats établis par des psychiatres du même établissement est par ailleurs problématique. Dans son rapport de 2012 au Gouvernement français, le Comité

européen pour la prévention de la torture (CPT)<sup>729</sup>, souhaitait que l'avis du psychiatre ne participant pas à la prise en charge relève d'un praticien n'exerçant pas dans l'établissement d'accueil. La chronologie de la prise en charge revêt également une importance certaine dans les décisions du juge. Il semble que pour les magistrats une distinction nette s'opère entre le contrôle systématique du quinzième jour et celui qui intervient au sixième mois. Le juge D. Peyron<sup>730</sup> constate que si le plus souvent le juge accompagne la décision médicale au quinzième jour, il est beaucoup plus critique au sixième mois. Il est particulièrement vigilant quant au risque d'une évaluation médicale qui se révélerait routinière. Dans ce cas, le recours à l'expertise sera plus largement utilisé.

Dans la pratique, déjà se dessinent plusieurs manières de procéder, grâce aux importantes marges de manœuvre laissées par la loi. Ces différences ne paraissent pas satisfaisantes. Bien que la quasi totalité des juridictions l'aient rendu systématique, c'est notamment le cas de l'assistance facultative de l'avocat. Les auditions se déroulent par exception en chambre du conseil, alors que c'est la seule situation qui permettrait de protéger les données médicales personnelles du patient et l'intimité de la vie privée. Le dispositif de programme de soins sans consentement ambulatoire, qui se déroule sans le contrôle systématique du juge, permet également de contourner la loi. En effet, certains psychiatres prononcent des programmes de soins minimalistes pendant les quinze premiers jours de soins, contournant ainsi le contrôle systématique du juge, et privant de fait les patients de leurs droits. Le contournement de la loi peut exister également lors du contrôle en cas d'hospitalisation complète. Le Syndicat de la Magistrature<sup>731</sup> a relevé à ce propos que dans certaines juridictions où les audiences se tiennent au siège du TGI, des certificats médicaux contre indiquant l'audition sont établis dans plus de quatre-vingt pour cent des cas. Dans ces circonstances, le contrôle s'exerce exclusivement sur dossier. Le patient est alors représenté par l'avocat, mais sans que ce dernier ait pu le rencontrer. Dans d'autres juridictions, les personnes sont entendues de manière systématique en visioconférence, sans accès direct au juge, alors que cette disposition doit rester exceptionnelle et soumise à l'accord du patient.

Les services de la Chancellerie<sup>732</sup> ont livré les résultats d'une enquête portant sur le mois d'août 2011, dans laquelle on dénombrait près de quatre mille cinq cents saisines de plein droit. Ces saisines se répartissaient entre celles émanant du préfet (1/4) et celles venant du directeur (3/4). Plus de la majorité des audiences (3/4) se tenaient au TGI, et le reste (1/4) avait lieu au sein de l'établissement hospitalier. Enfin, la plupart des juridictions (89) organisaient les audiences systématiquement au TGI, et les autres (22) se rendaient uniquement au centre hospitalier. La présence quasiment systématique des avocats était assurée par des commis d'office (90%). Après trois mois d'application, les mêmes tendances se confirmaient. La majeure partie des ordonnances constataient la nécessité de la mesure et ordonnaient son maintien. Enfin, un peu moins de trois pour cent d'expertises étaient demandées dans ce cadre.

La loi fait donc l'objet de stratégies de contournement. Ainsi, selon la Chancellerie, après trois mois d'application, les juridictions ont reçu moins de saisines que le nombre théorique attendu avec un écart significatif (-20 000). Une telle différence semble venir confirmer l'existence des contournements déjà évoqués. Ils semblent être le reflet, soit d'un rejet du texte, soit d'une stratégie pour éviter les premières difficultés inhérentes à la procédure. Beaucoup de praticiens ont en effet revendiqué d'avoir recours à des pratiques de contournement et l'étude des statistiques au cours des trois premiers mois semble venir confirmer cette hypothèse. Dans certains établissements, des psychiatres qui restent toutefois minoritaires, reconnaissent autoriser une sortie brève et non accompagnée, pour éviter le contrôle systématique du juge. C'est le site du ministère de la santé, dans la foire aux questions dédiées à la loi

---

729 Conseil de l'Europe, rapport au Gouvernement de la République française, relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, du 28 novembre au 10 décembre 2010, publié le 18 avril 2012, paragraphe 186.

730 « La psychiatrie, les libertés et la loi : quelle place pour le juge? », Soins Psychiatrie n° 281, juillet-août 2012, p.27.

731 « Observations sur l'application de la loi du 5 juillet 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge », Syndicat de la Magistrature, 1er février 2012.

732 Bilan des réponses au questionnaire sur la mise en place de la réforme des soins psychiatriques, août 2011, Direction des Services Judiciaires, Bureau de l'organisation, des méthodes et des études. (PM1), 13 octobre 2011.



du 5 juillet<sup>733</sup>, qui précise les conditions d'intervention du juge des libertés et les limites qui permettent son contournement. Selon ces sources gouvernementales, « dès lors que les périodes de quinze jours et six mois sont interrompues, quelle que soit la durée de cette interruption le contrôle ne s'exerce plus ». Il suffit donc de courtes interruptions de l'hospitalisation complète, même de quelques heures, pour que le patient « bascule » en programme de soins, et que sa situation échappe au contrôle du juge de plein droit. Enfin, les premiers constats montrent que, à l'occasion des contrôles systématiques, il y a globalement peu de patients en soins sans consentement qui, lors de leur audience, demandent au juge de quitter l'établissement. Face à ce constat, il est pertinent de se demander pourquoi ces patients, bien qu'acceptant les soins, ont dû être quand même contraints et maintenus en internement. Il y a lieu de s'interroger afin de déterminer si le consentement a été réellement et régulièrement recherché après la période de crise. A ce propos, les certificats médicaux successifs exigés par la loi ne peuvent être appréhendés seulement comme des formalités administratives, comme on le lit trop souvent. Ils doivent plutôt être considérés comme des rendez-vous essentiels permettant de réévaluer le consentement aux soins.

Si certaines situations ne bénéficient pas du contrôle systématique du juge, sa saisine facultative a été simplifiée pour permettre une requête facilitée de la part du patient ou de ses proches. Selon l'article R.3211-9 du CSP, la requête peut être déposée au sein de l'établissement de santé d'accueil ou être communiquée au greffe par une simple déclaration verbale, recueillie et retranscrite par le directeur de l'établissement. Précisément, le président du Tribunal de grande instance de Montauban a demandé au personnel soignant d'avoir, dans ce cas, une interprétation large de la volonté du patient de saisir le juge. La requête d'un tiers agissant dans l'intérêt du patient peut être également transmise directement au Tribunal de grande instance. D'après l'enquête de la Chancellerie, portant sur le mois d'août 2011, les maintiens constituaient l'essentiel des décisions (57%) et les mainlevées (9%). Le bilan après trois mois montre également que le contenu qualitatif des ordonnances sur recours facultatif est plus varié que celui des recours de plein droit. Il semble de plus que, dans ce contexte, les juges ont plus facilement recours à l'expertise. Toutefois, le refus de mainlevée constitue la composante principale (2/3) de toutes les décisions. Localement, pour le Tribunal de grande instance de Montauban, l'expertise est systématique dans les cas de recours facultatif.

Les sages ont également provoqué un progrès notable lorsqu'il y a désaccord entre deux psychiatres, sur une décision de mainlevée contre l'avis du préfet. Le JLD est alors systématiquement saisi par le directeur de l'établissement d'accueil pour statuer conformément à l'article L.3213-5 alinéa 2 du CSP. Le dispositif reste toutefois assez opaque, puisqu'il faut combiner la lecture des articles L.3213-9-1 et L.3213-5 du CSP pour identifier le dispositif. Il faut d'ailleurs consulter attentivement les documents explicatifs du site ministériel pour comprendre la conduite à tenir. A ces ambiguïtés près, la loi vient limiter dans ce cas de manière importante le pouvoir arbitraire du préfet hérité des lois de 1838 et 1990. Après quelques mois d'application, cette hypothèse apparaît finalement très marginale car les préfets se conforment généralement à la première décision. De plus, il semble très rare que deux psychiatres soient amenés à se contredire en ces circonstances. En l'occurrence, il est possible d'imaginer que le préfet soit sensible à cette nouvelle forme de responsabilité partagée avec le juge. Les problèmes pouvant survenir tiennent à la rédaction des certificats et à leur contenu. Rien ne précise clairement s'il s'agit, dans ce cas, de confirmer que l'hospitalisation complète n'est plus nécessaire, ou bien que les conditions de fond relatives à l'ordre public ou à la sûreté des personnes ne sont plus réunies.

En Tarn-et-Garonne, le JLD doit statuer sur deux cent cinquante à trois cents cas annuels. Le président du TGI de Montauban, a organisé la tenue des audiences, en partenariat avec la direction de l'hôpital et les psychiatres. Le JLD ne se déplace pas par principe au centre hospitalier, et les auditions sont réalisées au TGI en audition publique, et par exception en chambre du conseil. L'audience a lieu avec présence systématique d'un avocat, au choix du patient ou commis d'office. Une journée hebdomadaire est dédiée aux auditions, ce qui permet de ne pas faire côtoyer les comparutions pénales avec les

---

733 [www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Foire\\_aux\\_questions\\_-\\_reforme\\_des\\_soins\\_psychiatriques.pdf](http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Foire_aux_questions_-_reforme_des_soins_psychiatriques.pdf)

audiences de patients atteints de troubles mentaux. De plus, le JLD est systématiquement informé, dès l'admission du patient, en soins sans consentement, ce qui constitue un système de double-alerte garantissant de réaliser les audiences dans les délais impartis. En cela, les recommandations de l'Union Syndicale des Magistrats ont été suivies. Elles permettent que le juge soit valablement saisi dans le délai prévu en évitant que l'hospitalisation soit levée et la responsabilité du juge engagée. Le directeur d'établissement avise au plus tôt l'autorité judiciaire du choix formé par le patient, concernant son avocat, ce qui permet de s'assurer qu'il soit convoqué dans les délais. Le juge D. Peyron<sup>734</sup> a fait part de la situation parisienne et des aménagements opérés. La taille de la juridiction et l'importance du contentieux a nécessité une séparation des secrétariats réservés à l'activité pénale et à l'activité civile, relative aux soins psychiatriques. De même, le temps consacré aux audiences pénales et aux audiences civiles est clairement différencié, évitant ainsi la promiscuité entre patients et délinquants potentiels.

Selon la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme<sup>735</sup>, des effets bénéfiques de l'accès au juge ont également été observés en matière de consentement aux soins. Au terme de l'audience, les patients semblent généralement rassurés sur le caractère non arbitraire de leur internement et sur la possibilité de saisir le juge à tout moment. Ce contrôle du juge vient démontrer en l'occurrence que la privation de liberté n'est pas synonyme d'absence de droits. En résumé, deux cent dix mainlevées ont été accordées au niveau national pour le seul mois d'août 2011, alors que ce nombre représente celui des mainlevées obtenues en un an auparavant. Bien qu'il alourdisse considérablement le travail des magistrats, ce chiffre démontre l'intérêt de ce contrôle systématique du juge.

D'un point de vue statutaire, le JLD a rang de président ou de vice-président de juridiction, ce qui vient signer manifestement l'importance symbolique apportée à la garantie des libertés. Cependant, face aux malades mentaux, le juge des libertés et de la détention statue en juge unique. Cette exception pose problème et il est regrettable que la loi n'ait pas voulu retenir dans ces cas singuliers le principe de collégialité. En effet, suite aux conclusions de la commission d'enquête parlementaire d'Outreau, toutes les décisions du JLD portant sur des atteintes directes à la liberté, devraient être soumises à une procédure collégiale. La collégialité présenterait l'avantage de confronter les avis pour des décisions difficiles, qui peuvent être éventuellement lourdes de conséquences. Les enjeux sont en effet très importants, car il s'agit à la fois de privation de liberté pour le patient, mais aussi de risques pour la société en cas de remise en liberté. Le juge unique, caractérisé par son isolement, est donc davantage sujet à l'erreur et à la partialité, voire à l'extrême au manque d'indépendance. *A contrario*, une plus grande spécialisation des magistrats constitue *a priori* une garantie de qualité de la décision rendue. Enfin, l'ultime motivation du recours au juge unique est tout simplement matérielle, en lien avec l'insuffisance du nombre de magistrats, ce qui ne représente pas une justification satisfaisante. A noter que la collégialité est une demande ancienne et récurrente des magistrats pour toutes les décisions relevant du JLD et portant sur des atteintes directes à la liberté. Le magistrat T. Fossier<sup>736</sup> regrette que la collégialité soit passée de mode dans le contentieux général, non pas parce qu'elle serait inutile mais surtout faute de moyens. Elle a pourtant bien une place naturelle et, *a priori* incontournable, mais elle est trop souvent écartée pour des impératifs économiques. En effet, pour le sujet qui nous concerne, la collégialité aurait présenté de meilleures garanties pour les patients dans cette procédure nouvelle. Elle permettrait au magistrat de se perfectionner et d'enrichir sa réflexion au contact de ses collègues. L'isolement du juge peut également favoriser des atteintes à son indépendance. De même, ce dernier ne peut pas utiliser le délibéré pour se confronter avec des confrères et mûrir son appréciation. Enfin, l'argument de la spécialisation, censé compenser la dérogation au principe de collégialité, ne peut être retenu pour ce cas spécifique face à un contentieux inédit et particulièrement délicat.

---

734 « La psychiatrie, les libertés et la loi : quelle place pour le juge ? », Soins Psychiatrie, n° 281 juillet-août 2012, p.27.

735 CCNDH. Avis sur les premiers effets de la réforme des soins psychiatriques sans consentement sur les droits des malades mentaux. (Adopté en assemblée plénière le 22 mars 2012).

736 FOSSIER. T, *Droits de la défense et personnes vulnérables*, Revue de science criminelle, 1998, p. 57.

En définitive, malgré les limites évoquées, l'intervention systématique du juge a généré à l'évidence un meilleur respect des droits du patient. Indépendamment des ordonnances rendues par le juge, les effets positifs se situent dorénavant également en amont de l'audience. L'institution psychiatrique, désormais sous le regard permanent du magistrat, a dû réaliser un travail considérable, dans le sens du respect des droits du patient. Quant au patient, indépendamment de la décision judiciaire, il bénéficie à l'audience d'un espace d'écoute singulier comme citoyen sujet de droit. En conclusion, il faut également souligner que la confirmation quasi systématique des mesures lors du contrôle du juge de plein droit laisse penser que les hospitalisations sont justifiées dans l'ensemble. Il semble que désormais seules les personnes dont l'état de santé et la clinique le justifient sont maintenues en hospitalisation complète. De ce point de vue, l'entrée en vigueur de la loi a eu un effet positif certain, en renforçant notamment la rigueur des médecins et de l'administration lors des procédures d'admission.

### **§3. La procédure équitable : les limites du champ d'intervention du juge.**

Ce texte comporte une incohérence majeure. Le JLD n'est pas compétent de plein droit pour contrôler les programmes de soins sans consentement ambulatoires. En revanche, il devient compétent pour contrôler ces programmes, mais seulement dans le cadre des recours facultatifs. Cette différence est difficile à justifier, car toute situation restrictive de liberté devrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire systématique.

Face à la dualité de juridictions maintenue jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2013, nombre de magistrats de l'ordre judiciaire se sont considérés compétents d'emblée, dès juillet 2011. C'est notamment le cas du JLD de Dijon<sup>737</sup>, qui s'est reconnu systématiquement compétent pour apprécier la légalité formelle et le bien fondé des mesures. Il s'est reconnu compétent au regard des délais, mais aussi pour tous les vices de procédure qui relevaient normalement de la compétence administrative. A titre d'exemple, était en cause un avis médical trop tardif, la compétence d'un administrateur de l'hôpital qui avait décidé l'internement et le caractère insuffisamment circonstancié des certificats médicaux. Le juge a retenu dans cette affaire l'ensemble des moyens soulevés. Pour cela, il s'est appuyé sur la notion de juge judiciaire gardien de la liberté individuelle pour vérifier, non seulement le fond, mais aussi la procédure et la forme. Cette marge d'interprétation laissée aux juges a été bénéfique pour certains patients. En revanche, les décisions du JLD de Dijon ont pleinement illustré le non-respect de l'article 6 de la DDHC, consacrant l'égalité des citoyens devant la loi.

Comme trop souvent, la loi Guigou<sup>738</sup> du 15 juin 2000 créant le JLD, n'a pas prévu les moyens afférents à son activité. Le législateur a créé un juge unique en affirmant symboliquement l'importance de la protection des libertés. Mais cette nouvelle fonction appelait de nouveaux effectifs qui n'étaient pas et ne sont toujours pas prévus. De plus, d'un point de vue pratique, la fonction de JLD interdit au magistrat de participer à des affaires pénales au fond. Le président ou vice-président concerné doit faire un choix et se consacrer aux activités de détention ou aux activités de juge pénal. Enfin, l'absence de spécialisation du JLD constitue une autre limite à sa capacité d'intervention dans une procédure nouvelle très particulière. Il est d'ailleurs envisageable qu'un des effets du texte étudié amène à une redéfinition du statut du JLD. Cette nouvelle compétence devrait sans doute évoluer à terme, d'un statut symbolique du JLD à une fonction particulière définie et dotée des moyens afférents. Non seulement l'adoption de la loi du 5 juillet n'a pas permis d'augmenter le nombre de magistrats, mais de plus rien n'a été prévu en terme de formation à leur intention. Même si le rang de président ou vice-président de TGI garantit une certaine expérience, celui-ci sera confronté à un public et un contexte inédit, qui aurait mérité une préparation plus conséquente. Le juge S. Portelli<sup>739</sup> considère que cette judiciarisation certes intéressante est confrontée à des inconvénients pratiques majeurs. Le magistrat dénonce « le manque

737 TGI de Dijon, ordonnance du JLD du 19 janvier 2012, n° RG 2012/10.

738 Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. JORF n°138 du 16 juin 2000 page 9038 texte n° 1.

739 PORTELLI. S, « Le rapport CIOTTI est émaillé de mensonges, contre-vérités et approximations », 7 juin 2011, *LeMonde.fr*

de moyens, l'insuffisance de juges et de greffiers [...] ». Selon lui, « il ne suffira pas de mettre un juge dans l'hôpital psychiatrique [...] ». Pour le magistrat, il doit y avoir impérativement un vrai débat judiciaire répondant à toutes les exigences procédurales. Pour cela, le patient hospitalisé doit pouvoir bénéficier notamment d'une assistance systématique, pour pouvoir réellement contester son internement. L'intervention du juge des libertés est enfin sérieusement limitée par la possibilité d'appel suspensif réservée au parquet que nous examinerons ultérieurement. De plus, le projet de loi est peu ambitieux, car il n'accorde réellement aucune marge de manœuvre au juge, en termes de pouvoirs d'investigation ou de délai. Comme l'a souligné S. Portelli, le juge devra composer avec le manque de temps et de moyens pour assurer la protection des libertés individuelles. Le risque que les recours se concluent par une simple confirmation des avis médicaux est donc bien réel. Le juge T. Hanouet<sup>740</sup> du Tribunal de grande instance de Paris estime cependant que faire appel au magistrat dès quinze jours d'hospitalisation est une avancée indiscutable pour les droits des patients. Il s'interroge toutefois sur la capacité de traiter la masse des demandes. Le juge X. Gadrat du Tribunal de grande instance de Bordeaux prévoit également que son activité de JLD sera multipliée par dix. Malgré ces inconvénients, les magistrats ont pris très au sérieux cette procédure. La présence systématique de l'avocat n'est pas imposée par la loi. Elle montre la volonté affichée de la quasi-totalité des juges des libertés de garantir le principe contradictoire, ce qui signe leur détermination à assurer au mieux cette mission. *A contrario*, le programme de soins constitue bien un dispositif de contournement du juge. Il permet aux préfets d'apprécier l'opportunité d'une décision d'hospitalisation complète ou partielle. Ces programmes de soins constituent un moyen significatif pour l'autorité administrative, lui permettant de contourner le contrôle juridictionnel du « bien-fondé » de l'hospitalisation. Dans l'hypothèse où les moyens seraient fondés sur l'article 5 de la Convention européenne, les mainlevées par le juge pourraient être facilitées. Celui-ci dispose que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté » et que « nul ne peut être privé de sa liberté, sauf s'il s'agit d'un aliéné ». L'utilisation de cet article pourrait permettre au psychiatre d'orienter la décision du juge vers une sortie immédiate, en excluant l'aliénation dans les certificats médicaux.

La succession de certificats est également source de confusion. Dans sa nouvelle rédaction, l'article L.3212-7 du CSP prévoit qu'après le cinquième jour, et au plus tard le huitième jour à compter de l'admission, un psychiatre établit un certificat médical circonstancié indiquant si les soins sont toujours nécessaires. Si la personne est prise en charge sous la forme d'une hospitalisation complète, une copie du certificat médical ou de l'avis médical est adressée au juge des libertés et de la détention. De même, l'article L.3213-3 du CSP prévoit qu'après le cinquième jour et au plus tard le huitième jour, la personne malade est examinée par un psychiatre qui établit un certificat médical circonstancié confirmant ou infirmant les observations contenues dans les précédents certificats. Pour le cas d'une hospitalisation complète, une copie du certificat médical ou de l'avis médical est également adressée au juge des libertés et de la détention. A la lecture de ces deux articles, il semblerait que dans tous les cas, un seul certificat médical soit nécessaire à la saisine du JLD. Il semble pourtant que cela ne soit pas suffisant en poursuivant la lecture, puisque l'article L.3211-12-1 du CSP prévoit également que la saisine soit accompagnée d'un avis conjoint rendu par deux psychiatres de l'établissement désignés par le directeur et dont un seul participe à la prise en charge du patient. Cet avis doit se prononcer sur la nécessité de poursuivre l'hospitalisation complète. La lecture de l'ensemble des dispositions laisse donc entendre qu'un autre avis médical conjoint de deux psychiatres s'avère aussi nécessaire. C'est une disposition réglementaire prévue à l'article R.3211-11 du CSP<sup>741</sup>, qui permet une lecture différente et plus complète. Elle prévoit que le directeur d'établissement communique dans un délai de cinq jours à compter de l'enregistrement de la requête, tous les éléments utiles au tribunal. Il doit adresser de façon exhaustive, la copie des certificats et avis médicaux, au vu desquels la mesure de soins a été décidée. Il doit également adresser, tout autre certificat ou avis médical utile en sa possession, dont ceux sur lesquels se fonde la décision la plus récente de maintien dans les soins. Au vu de l'ensemble des

---

740 DESTAL. M, « Réforme de la psychiatrie: l'angoisse nouvelle des magistrats », 01 juillet 2011, *liberation.fr*

741 Décret 2011-846 du 18 juillet 2011, relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques. JORF n°0165 du 19 juillet 2011 page 12371 texte n° 4.

dispositions législatives et réglementaires, ce sont bien tous les certificats médicaux et documents administratifs établis depuis l'admission, qui doivent être transmis au juge. La rédaction de cet ensemble de dispositions se révèle toutefois assez confuse. Elle induit et nécessite une interprétation large par tous les acteurs. C'est en effet, un maximum d'éléments qui devra être transmis au juge, quitte à être redondants. Le nombre important de documents à transmettre pourra constituer une source d'erreurs éventuelles, et entraîner de probables nullités de procédures. D'autres précisions devront être également adressées au juge. Il s'agit notamment de l'opposition éventuelle du patient à l'utilisation de moyens de la visioconférence. L'avis d'un psychiatre ne participant pas à la prise en charge devra, de plus, être joint, si nécessaire. Il devra indiquer les motifs médicaux qui feraient obstacle à une audition au tribunal, sans faire obstacle, pour autant, à une audience par visioconférence.

Le décalage temporel entre le dernier avis médical transmis lors de la saisine et l'audition constitue une autre réelle difficulté. En effet, il sous-entend l'exigence d'une certaine forme de prédiction, de la part du psychiatre. Sur le fond, cette capacité de « prédiction » et d'anticipation dont devront faire preuve les psychiatres laisse perplexe. Compte tenu de l'influence prédominante des documents médicaux sur la décision judiciaire, le décalage dans le temps va s'avérer problématique. Dans le cas de certificats précoces, le juge ne disposera pas des éléments les plus actuels. En effet, en une semaine, entre la saisine et l'audience, la situation clinique aura pu évoluer de manière significative. *A contrario*, certains médecins vont transmettre les documents le dernier jour utile, par principe, dans le but de délivrer au juge les informations les plus actualisées possibles. Cette position qui est tout aussi légitime, vient toutefois en contradiction, avec la communication rapide des pièces aux parties, et notamment à l'avocat, ce qui en définitive nuira au débat contradictoire.

La disposition prévoyant la décision du juge différée paraît utile mais ambiguë. Il appartient au juge, au vu des éléments du dossier, d'apprécier s'il convient ou non d'assortir sa décision de mainlevée d'une mention différant l'effet au maximum de vingt-quatre heures. Dans ce cas, la décision doit être spécialement motivée. *A priori*, cette disposition aurait pour objectif de garantir éventuellement la continuité des soins sous forme ambulatoire. Cependant, dans ce cas la décision du juge ne contraint ni l'établissement de santé, ni le représentant de l'État, à mettre en place un programme de soins. Ainsi, paradoxalement, grâce à cette disposition, rien n'empêche qu'une décision judiciaire de mainlevée soit suivie d'une nouvelle mesure de soins sous contrainte, y compris sous la forme de l'hospitalisation complète. Il est utile de rappeler enfin que cette procédure vise à statuer, non sur la continuité des soins, mais sur la nécessité de la contrainte. A ce titre, la mainlevée d'une mesure de contrainte ne sera pas accompagnée systématiquement d'une sortie, mais pourra se prolonger par une hospitalisation libre, le patient étant devenu consentant aux soins.

L'article L.3211-12-2 du CSP, nouvellement créé, dispose que le juge statue après débat contradictoire. La contradiction entre les parties implique que le patient doit pouvoir accéder à l'ensemble du dossier transmis au JLD. Cela implique désormais l'accès du patient à l'identité du tiers. De même, le règlement prévoit la possibilité pour les parties, et donc pour le patient, de formuler et adresser des observations au juge. L'article R.3211-15 du CSP dispose que les personnes appelées peuvent faire parvenir leurs observations par écrit. Dans ce cas précis, il en est donné connaissance aux parties présentes à l'audience. Le non-respect de ces dispositions a fait l'objet de jurisprudences, notamment de la Cour administrative d'appel de Lyon<sup>742</sup>. Cette dernière a annulé un arrêté d'hospitalisation d'office, car alors qu'il n'y avait pas de situation urgente ou exceptionnelle, les observations préalables de la patiente n'avaient pas été recueillies. En l'occurrence, l'administration ne pouvait s'exonérer de l'application de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 relatif aux relations entre l'administration et les administrés. Cette décision, apparaît parfaitement transposable, au contentieux de la mainlevée des hospitalisations sans consentement. C'est le cas lorsque les pièces transmises au JLD n'attestent pas que le recueil des observations préalables a été réalisé. Le principe contradictoire connaît toutefois certaines limites au

---

742 CAA de Lyon, 3 novembre 2011, n° 10LY01690, inédit au recueil Lebon.

regard de la présence effective du patient. Le magistrat N. Bonnal<sup>743</sup>, du Tribunal de grande instance de Bobigny, souligne que le juge devra apprécier le bien fondé d'une décision prise pour des raisons médicales mais sans véritable débat. Pour le magistrat, le débat contradictoire que le juge devra arbitrer sera alors souvent minimaliste, « en particulier lorsque pour des raisons médicales, la personne hospitalisée ne comparaitra pas ».

La judiciarisation, prévue dans la réforme, confère aux expertises une fonction subsidiaire dans tous les recours de droit commun<sup>744</sup>. Les expertises restent indispensables, seulement dès lors que le juge envisage de prendre une décision de mainlevée pour des patients considérés comme potentiellement dangereux. Les magistrats soulignent dans la quasi-unanimité, que la rapidité de la procédure est peu compatible avec les investigations en général, et les expertises en particulier. Le recours à l'expertise est d'autant plus problématique que les psychiatres sont des praticiens hospitaliers très souvent thérapeutes des patients concernés. Les possibilités réelles d'investigations et en particulier d'expertise sont donc très limitées. De plus, comme nous l'avons observé, le système d'expertise psychiatrique est globalement défaillant. Enfin, l'article 147 du Code de procédure civile dispose que « Le juge doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux ». Le juge se trouve donc contraint, non seulement pour le recours à l'expertise, mais également dans le choix de l'expert. En effet, les experts qui seront éventuellement désignés doivent nécessairement figurer sur la liste établie par le procureur de la République, après l'avis du directeur général de l'Agence régionale de santé, ou à défaut, sur la liste des experts inscrits près la Cour d'appel du ressort de l'établissement. Si le Conseil Constitutionnel a bien retenu la notion de « contrôle effectif » par l'autorité judiciaire, cela nécessite en revanche du temps et des moyens. Précisément la loi ne prévoit aucun moyen d'investigation propre et le texte ne prévoit des mesures d'expertise seulement qu'à titre exceptionnel. La Chancellerie a clairement précisé que la loi confère à l'expertise judiciaire une fonction subsidiaire et la réserve à des hypothèses spécifiques où elle est considérée comme nécessaire *a priori*. Il s'agit seulement des cas particuliers de patients présumés dangereux, pour lesquels il est envisagé, soit une mainlevée, soit une transformation de la mesure. Il découle de fait de ce caractère subsidiaire de l'expertise, une priorité donnée aux certificats médicaux sur lesquels s'appuiera le juge.

Dans le cas du contrôle facultatif, le patient est demandeur, ce qui suppose une connaissance de sa situation et une motivation argumentée. Il bénéficie le plus souvent dans ce cas, de l'assistance d'un avocat de son choix, bien au fait de sa situation. L'équilibre du principe contradictoire s'avère donc mieux respecté lorsqu'il s'agit de recours facultatifs. Comme le démontrent les constatations de la Chancellerie, lors des recours facultatifs, une expertise indépendante de l'appréciation des psychiatres traitants est souvent demandée et les mainlevées sont plus fréquentes. *A contrario*, lors du contrôle de plein droit, le patient n'est pas demandeur et souvent ne comprend pas la portée de ce contrôle. Il va bénéficier au mieux d'un avocat commis d'office, et le juge va se fonder uniquement sur les certificats et avis médicaux des psychiatres sans recourir à l'expertise. Il peut être déduit de ces observations que face au principe de précaution, le plus souvent invoqué par le préfet, le contrôle du juge n'aura pas la même portée selon qu'il s'exercera de plein droit ou de manière facultative à l'initiative du patient. Si le caractère subsidiaire de l'expertise peut s'entendre pour respecter l'objectif de bref délai, cela représente en contrepartie un lourd inconvénient dans cette procédure si particulière. La complexité, la singularité et la nouveauté de l'exercice, ainsi que le caractère subsidiaire de l'expertise, confèrent de fait aux certificats et avis des praticiens de l'établissement une place prépondérante. En effet, ces avis et certificats constituent les seules références sur lesquels s'appuiera le juge, lui-même n'étant pas spécialisé et statuant en juge unique. En l'état de la législation, la situation tend à conforter certains détracteurs du texte qui dénoncent un « juge alibi ».

---

743 REINHART. C, « Le juge n'est pas un médecin. Information juridique », 4 juillet 2011, *LexTimes.fr*

744 Circulaire du 21 juillet 2011, relative à la présentation des principales dispositions de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge et du décret n°2011-846 du 18 juillet 2011 relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques.

Le juge fixe les délais dans lesquels l'expertise doit être établie dans une limite maximale, tant pour le contrôle de plein droit que pour l'examen des recours facultatifs. En cas de recours facultatif, le délai imparti à l'expert ne peut excéder quinze jours à compter de sa désignation<sup>745</sup>. En revanche, en cas de contrôle de plein droit, les experts désignés doivent remettre leur rapport dans le délai fixé par le juge, et au plus tard dans les dix jours qui suivent leur désignation<sup>746</sup>. En cas de contrôle de plein droit, le texte permet au juge de disposer d'un délai de quatorze jours supplémentaires pour statuer, à compter de la date de désignation de l'expert. L'expert est, à ce moment, le responsable de la conduite des opérations d'expertise, dans les délais impartis et dans le respect de la mission définie par le juge. Il pourra apprécier seul les opérations nécessaires, en respectant les demandes d'actes faites par les parties. Il peut déroger à certaines dispositions du Code de procédure civile<sup>747</sup>, lui évitant de convoquer les parties et de recueillir leurs observations. Dans ce cas, les parties peuvent accéder au contenu des expertises au préalable et à l'audience où elles pourront formuler les observations utiles. En résumé, le recours à l'expertise relèvera de l'exception et dans un cadre de choix contraint. S'il n'y a pas de recours, le juge sera donc exclusivement tributaire des certificats médicaux établis par les psychiatres.

Le double degré de juridiction permet au justiciable de contester une décision de justice devant un nouveau juge. Ainsi, toute personne dont l'affaire a déjà été jugée, peut demander que son affaire soit réexaminée en cas de désaccord avec la décision rendue. Les juges ont l'obligation de motiver leur décision, ce qui par voie de conséquence en permet la contestation. La judiciarisation présente donc un point positif incontestable, avec la possibilité d'appel contre la décision du premier juge. La procédure d'appel permet une nouvelle instruction indépendante de celle du juge du premier degré, ce qui remplit une autre condition de procès équitable. Par contre, à l'occasion de la procédure d'appel, le recours suspensif à l'instigation du parquet place de fait le juge sous contrôle. En cas de désaccord, avec la décision de mainlevée prise par le juge, et en cas de « risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade ou d'autrui », la loi prévoit une procédure de recours suspensif, à l'initiative du procureur de la République. La conséquence sera le maintien de l'hospitalisation complète, le temps que le premier président de la Cour d'appel statue sur le caractère suspensif de l'appel et sur le fond. Techniquement, pour respecter le principe du contradictoire lors de l'examen de la demande d'effet suspensif, il incombe au ministère public de mettre les parties en mesure de produire leurs observations. Pourtant, le premier président de la Cour d'appel, qui doit statuer sans délai, peut le faire sans débat préalable. Il doit s'être simplement assuré que la personne concernée a été en mesure de faire des observations. Cette disposition, que de nombreux détracteurs qualifient de « référé hospitalisation », reprend le principe de précaution au nom de l'ordre public. Cet appel suspensif, qui s'opère au détriment des droits et libertés des patients, vient discréditer le pouvoir réel du juge. Le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT)<sup>748</sup> s'est d'ailleurs interrogé sur cette possibilité d'un effet suspensif ouverte au ministère public.

Les délais d'appel font l'objet de dispositions confuses, faute de précisions ou suite à des contradictions entre loi et règlement. Selon l'article R.3211-18 du CSP relatif à la requête facultative, l'ordonnance du JLD est susceptible d'appel devant le premier président de la Cour d'appel dans le délai de dix jours. *A contrario*, pour les contrôles systématiques le règlement ne mentionne pas de délai d'appel. L'article R.3211-33 du CSP précise que les recours s'exercent selon les modalités et conditions définies aux articles R.3211-19 à R.3211-21 du CSP. Il ne fait pas référence au délai de dix jours prévu à l'article R.3211-18 du CSP. La circulaire d'application ne fait pas de distinction et prévoit le même délai dans les deux cas. Selon l'article L.3211-12-4 du CSP, le premier président ou son délégué doit statuer « à bref délai », dans les conditions fixées par voie réglementaire. Pour les requêtes facultatives, l'article

---

745 Art R.3211-13 du CSP.

746 Art R.3211-30 du CSP.

747 Art 160 du Code de procédure civile.

748 Conseil de l'Europe, rapport au Gouvernement de la République française, relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, du 28 novembre au 10 décembre 2010, publié le 18 avril 2012, paragraphe 187.

R.3211-22 du CSP prévoit que la Cour statue dans un délai de douze jours ou de vingt-cinq jours en cas d'expertise. En revanche, pour les contrôles systématiques, l'article R.3211-33 du CSP ne précise pas le « bref délai », dans lequel doit intervenir la décision. Il ne fait pas plus référence à l'article R.3211-22 du CSP précité. Il renvoie alors aux articles R.3211-19 à R.3211-21 du CSP. Enfin, la circulaire d'application considère que le délai de réponse est de douze jours dans les deux cas. Pour la loi, le point de départ du délai d'appel suspensif de six heures débute à compter de la notification de l'ordonnance à l'auteur de la saisine, sans faire référence à l'information du parquet. Par contre, pour le règlement, l'appel est formé dans un délai de six heures à compter de la notification de l'ordonnance au procureur de la République. En définitive, les dispositions réglementaires semblent plus contraignantes que la loi au regard de la protection des libertés. De plus, ce dispositif d'appel n'est pas complètement satisfaisant, car comme la décision de première instance, le principe de collégialité n'est pas respecté. Les juristes considèrent qu'il s'agit de fait d'un contournement de la décision du Conseil constitutionnel, prévoyant l'intervention systématique du juge judiciaire. Selon ces critiques, ce texte réserve au procureur de la République un rôle particulier, prépondérant, alors que celui-ci n'est pas reconnu comme magistrat indépendant, au regard de la CEDH<sup>749</sup>. Il est soumis hiérarchiquement au pouvoir exécutif, et en cela ses décisions ne répondent pas aux exigences de l'article 5-3 de la Convention européenne. Pour les détracteurs, il semblerait que le Gouvernement ait prévu par ce moyen de pouvoir substituer le parquet, sur lequel il a autorité, à l'autorité administrative du préfet. Cet appel suspensif sur l'initiative du parquet permettrait de retarder certaines mesures de levées d'hospitalisation ordonnées par le juge. Selon le Syndicat de la Magistrature<sup>750</sup>, « le législateur n'a pas oublié de prévoir l'hypothèse de décisions de JLD qui seraient trop laxistes, et a créé un référé-hospitalisation à la demande du procureur de la République ». Cette dernière disposition permettant de s'opposer à la décision du juge s'inscrit, de plus, dans la tendance générale d'effacement du juge, au profit du parquet. Le ministère public serait considéré de plus en plus par le pouvoir politique comme un deuxième corps préfectoral. A ce sujet, il sera intéressant d'observer les décisions des parquets et, par voie de conséquence, la conformité de cette disposition à la Constitution, et, dans le même temps, il faudra examiner le contentieux éventuel soulevé par la CEDH, à ce propos. Objectivement, au vu de l'enquête de la Chancellerie portant sur le mois d'août 2011, seulement neuf appels, à l'initiative du parquet, ont eu un caractère suspensif. D'après l'étude de l'ADESM, pour les mois d'août et septembre 2011, la décision du juge a fait l'objet de cent-cinquante-cinq appels dont huit ont amené une levée de la mesure. Localement, le Tribunal de grande instance de Montauban n'a connu aucun appel durant les cinq premiers mois d'application de la loi. En résumé, pendant le premier trimestre d'application de la loi, peu d'appels (7%) ont eu un caractère suspensif.

Plusieurs exemples de décisions viennent illustrer l'intérêt de l'appel. La Cour d'appel de Douai<sup>751</sup> a confirmé dans une affaire, la mainlevée de soins sans consentement, sur décision du préfet prononcée par le JLD. La Cour a retenu que la dangerosité initiale n'était plus avérée, car aucun psychiatre n'avait voulu réaliser une expertise. Elle a également retenu une insuffisance de caractérisation de l'atteinte à l'ordre public ou à la sûreté des personnes dans l'avis conjoint du sixième jour. Cette décision est intéressante, d'une part car l'absence d'expertise est interprétée au bénéfice du patient requérant. D'autre part, elle souligne la nécessité de rédaction clairement circonstanciée des certificats médicaux. Enfin, elle met en évidence la valeur très relative d'un avis médical établi sept jours avant l'audience. La Cour d'appel de Grenoble<sup>752</sup> s'est prononcée à propos de la place du tiers, dans la procédure d'appel. Elle a déclaré irrecevable l'appel du père d'un patient qui était de plus tiers demandeur. Ce tiers avait fait appel d'une mainlevée, alors même le tiers demandeur n'a pas la qualité de partie à l'instance. Cette décision est éclairante car selon l'ordonnance, il ressort de la combinaison des articles R.3211-12 du CSP et 546 du Code de procédure civile, que le tiers demandeur de soins, qui n'est pas partie à la procédure, n'a pas qualité pour relever appel d'une décision du juge des libertés et de la détention. Une

---

749 CEDH, 29 mars 2010, Req n° 3394/03, affaire *Medvedyev et autres c. France*. et CEDH, 23 novembre 2010, Req n° 37104/06, affaire *Moulin c. France*.

750 « J'essaime... pour une autre justice », Revue du Syndicat de la Magistrature, n°17. février / mars 2011.

751 CA de Douai, ordonnance du 5 juillet 2012, RG 12/00031.

752 CA de Grenoble, juridiction du premier président, audience publique du 7 juin 2012, n° de RG: 12/00022.



présidente de chambre de la Cour d'appel de Paris<sup>753</sup> a prononcé une mainlevée différée d'une mesure de soins sur décision du représentant de l'Etat après requête facultative initiale. Dans cette affaire, si la personne était toujours reconnue atteinte de troubles psychiatriques, sa dangerosité n'était plus médicalement attestée. Cet état de fait n'autorisait plus son maintien en internement d'office à temps complet. La jurisprudence de la Cour de cassation est encore peu abondante à propos de la procédure devant le JLD. Dans une affaire traitée en 2012<sup>754</sup>, le premier président de la Cour d'appel a confirmé l'ordonnance du juge de la liberté et de la détention qui rejetait une demande de mainlevée. Selon la requérante, le moyen ne caractériserait pas de façon suffisamment précise sa dangerosité, et privait la décision de base légale au regard des articles L.3211-12 et L.3213-1 du CSP. Selon la Cour de cassation, l'arrêt attaqué qui se bornait à énoncer qu'il y avait lieu de maintenir la mesure afin de garantir le suivi de traitement, ne caractérisait pas précisément le danger que pourrait représenter la requérante. Le juge d'appel avait privé sa décision de base légale au regard des articles L.3211-12 et L.3213-1 du CSP.

Il reste enfin à observer les suites des éventuels « conflits » de décision entre le juge et le représentant de l'Etat, sachant que des dérives existaient déjà en matière de politique d'immigration et de droit des étrangers. En effet, « une bataille (opposait) le ministère de l'intérieur par l'intermédiaire des préfetures au juge des libertés et de la détention. L'administration qui (tentait) d'expulser à tout prix les sans-papiers, parfois en infraction avec la loi, se (faisait) sanctionner par les juges<sup>755</sup> ». Par exemple, la préfecture de la Gironde avait refusé en 2011 la sortie d'un centre de rétention d'un ressortissant indien, dont un juge avait pourtant ordonné la remise en liberté. A cette occasion, l'autorité administrative s'était permis de bafouer les décisions de l'autorité judiciaire indépendante. Reste à savoir si l'on sera confronté à ce type de dérive, lorsqu'un directeur d'hôpital recevra l'injonction administrative de retenir un patient alors que le juge aura ordonné la mise en liberté. Dans ce cas, la question de la possibilité de désobéissance hiérarchique se poserait en référence à la théorie des « baïonnettes intelligentes » et conformément à l'« autorité de la chose jugée ».

#### **§4. Une audience aux modalités variables.**

Le malade mental atteint dans sa capacité à penser et à communiquer se trouve dans une situation spécifique de particulière vulnérabilité. Cette caractéristique nécessite une procédure particulièrement protectrice à son égard. Cependant, la latitude laissée par le texte de 2011 a permis des modalités pratiques très différentes, notamment quant au lieu d'audience, à l'utilisation de la visioconférence ou à la présence de l'avocat. Devant ces incertitudes, N. Berra<sup>756</sup> a répondu aux députés qu'il fallait laisser de la souplesse d'organisation. Il ne serait pas prudent d'introduire une obligation d'audience à l'hôpital dans la loi. L'Union syndicale des magistrats a relevé un risque d'inconstitutionnalité de l'audience tenue à l'hôpital, si toutes les conditions du débat public n'étaient pas réunies ou en l'absence d'avocats. L'organisation syndicale s'est alarmée des risques potentiels d'annulation de procédures. Elle a également signalé une autre difficulté due aux dispositions réglementaires, relatives aux délais de tenue d'audience.

Le règlement<sup>757</sup> prévoit désormais un dispositif dérogatoire pour les recours facultatifs prévu à l'article R.3211-26 du CSP. Selon cette disposition, « le juge peut rejeter sans tenir d'audience les demandes répétées si elles sont manifestement infondées ». Cette possibilité pose un grave problème de respect de la hiérarchie des normes puisque le règlement induit une dérogation aux principes prévus par la loi

---

753 CA de Paris, 4 avril 2013, ordonnance du premier président, n°110/2013.

754 Cass. 1re civ, 4 mai 2012, n°11-13.894.

755 COROLLER. C, « Bras de fer entre juges et préfetures sur la garde à vue des sans-papiers. Pour la justice, l'Etat, tout à sa volonté d'expulser, est en contradiction avec le droit européen », 3 septembre 2011, *libération.fr*

756 « Soins sous contrainte: les députés veulent généraliser les audiences à l'hôpital, Nora Berra exclut une obligation », (APM), Paris, 22 février 2012.

757 Décret 2011-846 du 18 juillet 2011, relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques. JORF n°0165 du 19 juillet 2011 page 12371 texte n° 4.

au regard de la protection des libertés individuelles. De fait, il s'agit ici d'une source potentielle de mise en cause du juge pour déni de justice. L'article 6 de la Convention européenne dispose, en effet, que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [...] soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». De son côté, la CEDH<sup>758</sup> a très tôt appliqué le principe absolu d'un droit d'accès à la justice et du droit à un recours juridictionnel. Selon les juges de Strasbourg, le principe selon lequel une contestation doit pouvoir être portée devant un juge fait partie des principes fondamentaux du droit universellement reconnus. Il en va de même du principe de droit international, qui prohibe le déni de justice. En droit interne, la disposition réglementaire prévue à l'article R.3211-26 du CSP apparaît de plus contraire à l'article 4 du Code civil. Le déni de justice est enfin spécifiquement réprimé par l'article 434-7-1 du Code pénal, qui prévoit des peines d'emprisonnement et d'amende à l'égard du magistrat qui dénie de rendre la justice. L'article L.141-3 du Code de l'organisation judiciaire<sup>759</sup> dispose également que les juges peuvent être pris à partie s'il y a déni de justice. Ce même article précise qu'il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées. A l'évidence, la définition de « demandes répétées manifestement infondées » venant de patients internés, qui figure dans un texte réglementaire sans précision, laisse supposer un risque fort d'arbitraire et de contentieux mettant en cause l'administration de la justice, mais également la responsabilité pénale du magistrat.

L'audience judiciaire du malade mental contraint aux soins est particulière et inédite. Elle constitue une confrontation entre des mondes différents qui doivent apprendre à se connaître. Les parties concernées à l'audience de plein droit sont le patient, le requérant, le préfet ou le directeur d'établissement et le ministère public. Le directeur ou son représentant doit être entendu, même s'il n'est pas partie ; quant au tiers, il n'est pas partie sauf s'il est requérant, mais il peut toutefois être entendu. Dans tous les cas, ce sont en priorité les troubles psychiques plus ou moins importants, qui conditionnent le bon déroulement de l'audience. L'Agence de Presse Médicale<sup>760</sup> s'est livrée à une enquête de terrain après un mois et demi d'application de la loi. Elle a mis en évidence que l'audience devant le JLD s'avérait être parfois déstabilisante pour certains patients. Ces derniers ne comprenaient pas toujours l'enjeu ou ressentaient cette audition comme une accusation. Mais, toujours selon cette étude, si pour certains patients le tribunal est *a priori* synonyme de faute, de punition et de prison, à *contrario*, d'autres patients nourrissent un espoir de voir lever la mesure. Cela peut créer des frustrations en cas de *statu quo*. D'autres encore présentent, au cours des échanges, des difficultés de compréhension envers le langage juridique, ce qui crée parfois des malentendus.

Le juge dispose de la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction. En l'absence de dispositions spéciales, prévues au Code de la santé publique, les règles du Code de procédure civile<sup>761</sup> sont applicables par défaut<sup>762</sup>. A ce titre, les mesures d'instructions du juge confèrent un statut particulier aux soignants accompagnateurs à l'audience. Lors de la présentation du patient au JLD, un infirmier désigné pour l'accompagner peut être questionné par le JLD et par l'avocat du patient lors de l'audience. Ainsi, à l'audience, un personnel soignant accompagnateur est considéré comme un tiers à la procédure sans être partie. Les déclarations orales faites par les tiers constituent des mesures d'instruction, au sens du Code de procédure civile. Le juge peut également les ordonner d'office ou à la demande des parties, conformément à l'article R.3211-13 du CSP. En effet, s'il l'estime nécessaire, au vu de la requête et des pièces transmises par le directeur de l'établissement, le juge ordonne, le cas échéant et sans débat, toute mesure d'instruction. Il est donc permis au JLD d'interroger le soignant accompagnateur, d'office ou à la demande d'un avocat, et éventuellement de laisser l'avocat lui poser directement des questions. En revanche dans ce cas, le soignant accompagnateur n'est pas tenu de

---

758 CEDH, 21 février 1975, X... c / Royaume/Uni.

759 Loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 sur la simplification du Droit. JORF n°0296 du 21 décembre 2007 page 20639 texte n° 2.

760 MAUDUIT. H, « Soins sans consentement en psychiatrie: la loi appliquée dans des conditions très difficiles », (APM), Paris,15 septembre 2011.

761 Art 143, 144, 148, 149, 199 et 207 du Code de procédure civile.

762 Art R. 3211-7 du CSP.

répondre aux questions d'un avocat non autorisé par le juge à les poser. Le soignant accompagnateur, dont les déclarations sont requises par un juge, est en principe tenu d'apporter son concours dans la mesure des connaissances qu'il détient sur la situation du patient. Il peut cependant opposer au juge un risque de compromettre la relation thérapeutique avec son patient. Il appartiendra alors au juge d'apprécier si cela constitue un motif légitime et de dispenser de répondre, au regard notamment du risque d'atteinte à l'intimité de la vie privée du patient. A défaut, si le soignant refuse de prêter son concours sans motif légitime, il peut être condamné en théorie à une amende civile. Force est alors de constater que cette situation est peu confortable pour le soignant, potentiellement soumis à deux exigences contraires. Cette situation aurait mérité certainement un meilleur encadrement législatif et réglementaire.

### **A. Le recours à la visioconférence.**

Le comité européen pour la prévention de la torture (CPT)<sup>763</sup> s'est interrogé sur les choix de mise en place de nouveaux dispositifs. Il critique la possibilité d'utiliser des moyens de télécommunications audiovisuelles lors d'audiences, alors même que ces moyens sont peu appropriés. Dans son rapport, le CPT considère qu'il serait préférable que le juge se rende systématiquement dans l'établissement de santé. Au début de l'application de la réforme, certains médecins s'opposaient de manière systématique à l'audition par visioconférence et rédigeaient les certificats médicaux dans ce sens. C'était le cas à Créteil et Bobigny, où les psychiatres refusaient systématiquement le transfert des patients. Dans ce cas, les audiences se tenaient alors systématiquement sans le patient. Ce dernier était représenté par un avocat qu'il n'avait le plus souvent jamais rencontré. Indépendamment de ces dysfonctionnements, la visioconférence est, de plus, contre-indiquée par l'état clinique dans un très grand nombre de cas. Du côté des professionnels de la santé mentale, l'ADESM considère à ce propos que la tenue des audiences par le juge, présent dans les établissements, doit être le principe. Les autres formes, y compris la visioconférence, doivent rester l'exception. L'Union Syndicale de la Psychiatrie<sup>764</sup> a interpellé le président l'ordre des médecins à ce propos, en précisant qu'elle ne cautionnerait pas le procédé de vidéo transmission, ce dispositif constituant une atteinte importante à l'exercice effectif des droits des patients. Les psychiatres D. Zagury et G. Vidon<sup>765</sup> confirment que l'on risque de s'orienter comme un moindre mal vers la solution de la visioconférence, qui est pourtant susceptible de faire délirer les patients. Ces derniers auraient ainsi l'occasion de renforcer leur conviction d'être suivis, épiés, pistés, persécutés. Selon eux, on veut imposer une rencontre virtuelle avec le juge à ces hommes et femmes qui ont décroché de la réalité et de la capacité à rentrer en relation avec l'autre. De l'avis des deux psychiatres, il faut permettre au juge de se déplacer à l'hôpital pour donner tout son sens à cette disposition qu'ils jugent au demeurant essentielle, dans la mesure où elle « transfère deux siècles de pouvoir du préfet vers celui du juge ». Ainsi, L. Dumoulin<sup>766</sup>, directrice de recherche au CNRS, a étudié le dispositif de visioconférence tel qu'il est appliqué à la procédure pénale mais qui reste pertinent en ce qui concerne les malades mentaux. La visioconférence se situe en rupture avec la forme procédurale classique et en particulier l'unité de lieu. La médiation technologique ne constitue pas qu'un outil support, elle recompose radicalement l'audience. L'unité de lieu n'existe plus, au contraire elle associe des sites hétérogènes. Elle nécessite une mise en scène visuelle entraînant des changements de posture des différents acteurs. Le juge doit désormais assumer un rôle de commentateur, expliquant le déroulement de l'audience et en particulier la situation de l'avocat. Précisément, dans ce contexte l'avocat se trouve généralement auprès du tribunal et non de son client, de sorte que sa communication avec le justiciable doit passer par la médiation technologique. Cette communication est contrôlée par le juge et surtout elle n'est pas confidentielle. Le débat contradictoire oral tend donc à s'effacer au bénéfice des écrits qui deviennent déterminants. En définitive, si l'on prend en compte les difficultés des

---

763 Conseil de l'Europe, rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France, par le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, du 28 novembre au 10 décembre 2010, publié le 18 avril 2012, paragraphe 187.

764 Lettre de GEKIERE. C, Vice-présidente l'USP, à Mr le Dr LEGMANN. M, Président du Conseil national De l'Ordre des médecins, 5 juillet 2011.

765 ZAGURY. D et VIDON. G, Psychiatres des hôpitaux, « Délirante loi sur les soins sans consentement », 12 juillet 2011, *libération.fr*

766 DUMOULIN. L, « Les figures du procès au delà des frontières », Colloque du 18 octobre 2012, Université Toulouse 1 Capitole.

professionnels, dans l'utilisation de ce dispositif, on imagine facilement que les malades mentaux vont être particulièrement démunis et déstabilisés. Pour le Syndicat de la Magistrature, enfin, l'entretien par caméra et micro interposés ne peut remplacer le contact direct avec le justiciable. La relation doit être fondée sur une double reconnaissance d'humanité entre le justiciable et le juge, afin de permettre l'écoute réciproque ainsi qu'une prise de décision pleinement assumée. Le juge X. Gadrat<sup>767</sup> confirme également son opposition à la visioconférence ainsi que la magistrate N. Bonnal<sup>768</sup>, JLD du Tribunal de grande instance de Bobigny. Cette dernière souligne que « la visioconférence est toujours une mesure pratique pour faire des économies, mais qui ne facilite pas la communication entre les divers participants, un point particulièrement sensible avec des malades psychiatriques ». Malgré ces réserves majeures, soulevées par tous les acteurs, les pouvoirs publics ont tendance à privilégier le recours à la visioconférence. Dans un courrier de 2009<sup>769</sup> aux chefs de Cours d'appel, la Chancellerie a d'ailleurs intimé à ces magistrats de recourir davantage à la visioconférence, même en dehors de toute analyse concrète de nécessité. Le ministère a assorti cette injonction d'une menace de sanction budgétaire, faute d'atteinte d'objectifs chiffrés. De fait, même si les magistrats sont libres à priori de leur décision de ne pas recourir à ce moyen, la sanction financière de la juridiction concernée est plus qu'incitative. A ce propos, il est surprenant qu'en voulant généraliser ce moyen technologique, la Chancellerie ait méconnu les dispositions de l'article 706-71 du Code de procédure pénale. En effet, ce dernier prévoit explicitement qu'une utilisation de la visioconférence doit être « justifiée » par « les nécessités de l'enquête ou de l'instruction ». Le Conseil d'Etat a jugé que la seule nécessité de réduire les coûts et les contraintes de services, inhérentes au transport des patients devant le JLD, ne peut justifier l'absence de comparution<sup>770</sup>. Pour la Haute juridiction administrative, l'absence de comparution devant le juge doit rester l'exception. Enfin, dans un arrêt en date de 2007<sup>771</sup>, la CEDH a précisé que « si la participation de l'accusé aux débats par vidéoconférence n'est pas en soi contraire à la Convention, il appartient à la Cour de s'assurer que son application, dans chaque cas d'espèce, poursuit un but légitime ». La CEDH exerce ici un contrôle de proportionnalité de l'équilibre entre les droits des parties, ainsi que de l'effectivité de l'équité procédurale au regard de l'article 6 de la Convention. Indépendamment de ces aspects techniques, les vérifications portent également sur l'effectivité des droits de la défense. La CEDH vérifie le respect des droits de la défense, et en particulier que le justiciable a été en mesure de suivre la procédure et d'être entendu sans obstacles techniques. Elle vérifie en plus que le prévenu a pu communiquer de manière effective et confidentielle avec son avocat. Un recours à la visioconférence impose donc, non seulement de prévenir les incidents techniques, mais également de veiller au respect des droits de la défense. Enfin, toujours selon la CEDH, le recours à la visioconférence doit être écarté pour certains types de litiges ne pouvant se passer du contact direct entre les parties et le juge<sup>772</sup>. Ceci semble exclure de fait l'audition de malades mentaux par ce moyen. La loi du 5 juillet 2011 prévoit enfin que le patient doit consentir à l'audition par visioconférence. Il est donc clair que cette technique ne peut être généralisée, *a fortiori* pour des raisons pratiques. Le JLD d'Amiens a connu une situation d'abus caractéristique<sup>773</sup> à propos de l'usage de la visioconférence. Ainsi, un document signé de deux praticiens du CH d'Abbeville, spécifiait qu'il n'y avait pas d'obstacle à ce que l'audition d'une patiente se fasse par visioconférence, alors qu'elle avait indiqué par écrit qu'elle s'y opposait. Si le juge n'a pas retenu ce moyen, manifestement le CH d'Abbeville n'avait pas délivré à la patiente une information loyale relative à la teneur de l'audience et sur ses droits. Ce manquement constituait en lui-même une violation de l'article L.3211-3 du CSP, pouvant justifier à lui seul la mainlevée. Si la loi prévoit dans certains cas la visioconférence, elle pose dans le même temps comme principe premier que le juge statue au siège du tribunal de grande instance. Selon N. Bonnal, « symboliquement, il est important que les rôles et les positions de chacun soient sans ambiguïtés. Un médecin soigne dans un hôpital, un juge

767 DESTAL. M, « Réforme de la psychiatrie: l'angoisse nouvelle des magistrats », 01 juillet 2011, *liberation.fr*

768 REINHART. R, « Le juge n'est pas un médecin. Information juridique », 4 juillet 2011, *LexTimes.fr*

769 Ministère de la justice, lettre du Secrétaire général G. AZIBERT, objet : recours à la visioconférence en vue d'une réduction de 5% du nombre des extractions judiciaires en 2009, 05 février 2009.

770 Observations sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge. Union Syndicale des Magistrats. Paris. 30 mars 2011.

771 CEDH, 5 janvier 2007, Req n° 45106/04, *Marcelo Viola c. Italie.*

772 MILANO. L, *Visioconférence et droit à un procès équitable*, 16 novembre 2011, Article ref: RDLF 2011, chron. n°8.

773 TGI d'Amiens, ordonnance du JLD du 7 septembre 2012, R.G n°12/00589, *Mme G. C/ CH d'Abbeville.*

rend la justice dans une enceinte judiciaire ». Pour la grande majorité des médecins, accepter la vidéo transmission, et y donner sa caution médicale, paraît constituer une atteinte importante à l'exercice effectif des droits des patients. En ce qui concerne les magistrats, certains ignorent délibérément le dispositif. Dans une circulaire du 8 juillet 2011, le Premier président de la Cour d'appel de Nîmes et le procureur général demandaient la tenue des audiences au tribunal par principe. Ils réservaient le transport dans les établissements aux circonstances exceptionnelles. Cette circulaire, interne au ressort de la Cour d'appel, ignorait totalement les instructions ministérielles à propos de la possibilité d'utiliser la visioconférence.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, pour la majorité des acteurs concernés, la visioconférence constitue un outil inadapté sur le fond qui présente de plus des contraintes techniques et architecturales majeures. Cependant, dans certains établissements isolés comme l'hôpital psychiatrique de Prémontré dans l'Aisne, la direction a adopté sans véritable choix le principe de visioconférence systématique<sup>774</sup>. Si le recours à l'audience par visioconférence constitue globalement un outil inadapté sur le fond et la forme, malgré toutes les réserves énoncées, la France a décidé de généraliser le recours dans le cadre des procédures prévues par la LOPSI II de 2011<sup>775</sup>. En réaction, les magistrats et psychiatres se sont adressés aux candidats à l'élection présidentielle de 2012<sup>776</sup>, en leur demandant de limiter le recours à la visioconférence, dans la procédure judiciaire de contrôle des hospitalisations sous contrainte. Ils se sont appuyés sur l'avis de novembre 2011 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, en précisant que le recours à la visioconférence ne soit plus un « critère de performance » d'un service judiciaire. Le recours à la visioconférence pour organiser l'audience<sup>777</sup> est également un point de désaccord soulevé par la CNCDH<sup>778</sup>, qui est largement partagé par praticiens et magistrats. Selon la commission, en supposant que plus est que toutes les conditions soient réunies pour la visioconférence, le dialogue essentiel entre le juge et le patient est difficile par nature. On peut donc craindre que le dispositif technologique entrave et nuise à la qualité du débat contradictoire. La visioconférence doit donc être utilisée de manière exceptionnelle conformément aux recommandations du Contrôleur général des libertés<sup>779</sup>.

En résumé, de nombreux textes et jurisprudences fragilisent le recours à la visioconférence. De plus et d'un point de vue purement technique, la visioconférence devra respecter les dispositions très précises du Code de l'organisation judiciaire. La loi prévoit dans ce cas l'assermentation de l'agent hospitalier chargé de dresser le procès-verbal. Celui-ci deviendra de fait un auxiliaire de justice, prêtant serment devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel se trouve l'établissement d'accueil. Cet agent devra jurer « de bien et fidèlement remplir ses fonctions et de ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à sa connaissance à l'occasion de leur exercice ». Au vu de ces éléments, le caractère effectif et efficient du recours organisé sous forme d'auditions à distance paraît assez complexe et compromis. En résumé, cette possibilité de « télécommunication audiovisuelle », utile dans quelques cas particuliers, semble avoir été introduite pour pallier au manque de moyens. Elle permet d'éviter les transports et l'accompagnement de tous les patients concernés par cette audience judiciaire.

## **B. La présence de l'avocat.**

Dans le texte du 5 juillet, la présence de l'avocat auprès du patient et le droit à la défense est une option facultative. Cette possibilité de ne pas recourir à l'avocat, prévue par la loi, pose un problème de conventionnalité au regard de l'article 6-3 de la Convention européenne. Si la Convention prévoit que la

---

774 FAVEREAU, F., « En pyjama devant monsieur le juge », 25 octobre 2010, *Libération.fr*

775 Art 706-71 du Code de procédure pénale modifié par la LOI n°2011-392 du 14 avril 2011 - art. 22.

776 « Les magistrats et les psychiatres ont réclamé vendredi que le nombre d'expertises psychiatriques obligatoires soit diminué et que les soins psychiatriques en prison soient renforcés », (APM), Paris, 6 avril 2012.

777 Art L.3211-12-2 du CSP.

778 Avis sur les premiers effets de la réforme des soins psychiatriques sans consentement sur les droits des malades mentaux, CCNDH, , adopté en assemblée plénière le 22 mars 2012.

779 Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 14 octobre 2011, relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté. 9 novembre 2011. JORF n°0260 du 9 novembre 2011 page texte n° 65 JORF. Texte 65 sur 93.

personne peut se défendre elle-même, dans le cas de patients porteurs de troubles psychiques, cette défense autonome ne paraît pas possible. L'avocat a pourtant un rôle irremplaçable de conseil et d'orientation. Il présente des arguments pour défendre les intérêts de son client justiciable par écrit et oralement, en plaidant devant les juges. L'article 6 de la Convention européenne dispose que « Tout (accusé) a droit notamment à [...] l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ». L'avocat a de plus une mission d'ordre public et concourt au service public de la justice. Il doit tout mettre en œuvre pour offrir aux justiciables tous les services utiles visant à leur faciliter l'accès au droit et à la justice. L'exigence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties est affirmée par le Conseil constitutionnel<sup>780</sup> pour lequel « Le principe du respect des droits de la défense, constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République [...] ». Ceci « implique [...] l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ». La judiciarisation de l'internement comporte donc un effet indirect important qui implique à l'évidence la présence de l'avocat, qu'il reste cependant à systématiser. En effet, le législateur prévoit sa présence facultative, même si le JLD peut en commettre un d'office. C'est ce qui sera fait le plus souvent dans la mesure où pour les magistrats l'accès au procès équitable implique le droit à la défense et la présence de l'avocat. D'un point de vue pratique, la personne hospitalisée devra être avisée de son droit de choisir un avocat ou de demander au juge d'en désigner un d'office. Elle devra de plus être informée que les honoraires seront à sa charge, sauf si elle remplit les conditions pour obtenir l'aide juridictionnelle. La présence de l'avocat facultative auprès d'un patient atteint de troubles psychiques constitue donc une lacune du texte. Ce dernier, compte tenu de ses troubles, ne pourra assurer seul une défense efficace. A l'évidence, le principe contradictoire ne peut être respecté dans cette procédure que s'il est assorti systématiquement d'un droit effectif à la défense. En pratique, depuis le 1<sup>er</sup> août 2011 la quasi-totalité des juges commettent systématiquement un avocat, comme ils le faisaient déjà pour les requêtes facultatives en vue de sortie immédiate<sup>781</sup>. Cette présence d'un conseil vient d'ailleurs d'être renforcée le Conseil d'Etat le 27 mai 2011<sup>782</sup>, sur la base de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000<sup>783</sup>. Cette décision consacre l'obligation de recueillir les observations écrites ou orales, en préalable aux mesures d'hospitalisation d'office. La Haute juridiction administrative exige, de plus, une information sur la possibilité de se faire assister par un avocat ou un mandataire de son choix, pour les personnes internées d'office. Les avocats contestent également la possibilité de représentation du patient. C'est le cas de Me K. Lepeu<sup>784</sup>, qui considère « contraire à l'esprit de la loi et aux règles du contradictoire », le fait que les juges statuent sans avoir vu les patients. Par ce biais, le psychiatre conserve encore un pouvoir excessif qui lui permet d'empêcher la rencontre avec le juge et par voie de conséquence l'avocat. Même s'ils sont favorables à la judiciarisation, les avocats s'inquiètent de la perspective d'être amenés à représenter un patient qu'ils ne verront pas si son état ne le permet pas. Dans ces cas de non-comparution, il sera quasiment impossible pour l'avocat de prendre connaissance du dossier en temps utile. L'avocat représentera le patient sans connaître son dossier et sans l'avoir rencontré. Les avocats sont toutefois partagés sur l'appréciation de cette nouvelle procédure. Maître D. Vanbatten<sup>785</sup>, bâtonnier du barreau de Dunkerque, considère par exemple ces difficultés en termes positifs. Selon lui, « cette réforme de la loi sur l'internement psychiatrique est peut-être l'occasion pour la profession d'investir davantage ce champ de compétences ». *A contrario*, D. Jourdain, avocat à La Rochelle<sup>786</sup>, pense que « considérer que l'avocat est capable de parler pour quelqu'un qui ne lui a rien demandé n'est qu'une mystification ». Pour ce dernier, « si le patient est hors d'état d'être entendu par le juge, il est probablement aussi hors d'état d'être entendu par un avocat ». En l'occurrence, l'avocat n'envisage pas de « pousser l'outrecuidance jusqu'à vérifier le diagnostic du

780 CC, décision du 28 juillet 1989, n° 89-260, DC.

781 La position du JLD du TGI de Montauban dans le cadre des requêtes en vue de sortie immédiate, est de désigner systématiquement un avocat. Il a logiquement repris le même principe dans le cadre de son intervention systématique.

782 CE, 27 mai 2011, n° 330267, mentionné aux tables du recueil Lebon.

783 Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

784 TORDJMAN. J., « A Créteil, la justice débordée par l'afflux de patients en psychiatrie », AFP, 17 février 2012.

785 CASTELBOU. A., D. VANBATTEN, bâtonnier des avocats de Dunkerque, *La réforme de la loi sur l'internement psychiatrique est l'occasion d'investir ce champ de compétences*, La Gazette Nord n° 8366, 12 août 2011.

786 JOURDAIN. D., « La garde à vue psychiatrique: l'avocat imposteur? », 08 novembre 2011, <http://avocats.fr>

psychiatre en allant rencontrer la personne contre l'avis des soignants ». Cette dernière position, semble t'il minoritaire, pose problème, puisqu'elle laisse un pouvoir absolu au psychiatre qui peut soustraire le patient à la rencontre effective avec le juge. La présence de l'avocat à l'audience peut aussi générer de nouveaux contentieux en nombre important y compris devant les juridictions pénales, ce qui était assez rare jusqu'à présent. Concrètement et d'un point de vue technique, les avocats formés à cette procédure relative à l'internement, écartent les arguments de fond et recherchent toujours à démontrer la « voie de fait ». Ils retiennent en cela la position du tribunal des conflits<sup>787</sup>, selon laquelle « les règles de forme sont à l'évidence aussi protectrices de la liberté que les règles de fond, la frontière entre les deux n'étant d'ailleurs pas toujours nettement tracée [...] ». Ils considèrent qu'un internement illégal n'est jamais bien fondé et donc abusif quelles qu'en soient les causes. Des jurisprudences pénales existent certes mais sont finalement assez rares. La Cour de cassation<sup>788</sup> a confirmé en 2010 la peine d'emprisonnement infligée à un directeur d'établissement. Ce dernier avait prêté « le concours de son statut à des manœuvres familiales visant à porter atteinte à une liberté fondamentale d'un individu au mépris des garanties imposées par la loi ». En l'occurrence, le directeur avait hospitalisé sous contrainte une personne sans avoir au préalable obtenu une demande écrite du tiers et les certificats médicaux initiaux. La Haute juridiction judiciaire confirmait ainsi une décision de 2004 de la chambre criminelle<sup>789</sup>.

D'après l'enquête exhaustive de la Chancellerie portant sur le mois d'août 2011, la présence des avocats était quasiment systématique. Ils étaient essentiellement commis d'office dans la quasi totalité des cas (90%). L'ensemble des juridictions a généralisé d'emblée la présence de l'avocat, allant ainsi au delà des dispositions facultatives prévues par la loi. Localement, le président du Tribunal de grande instance de Montauban désigne systématiquement un avocat commis d'office si le patient n'a pas son propre conseil. Lorsque l'avocat est commis d'office, le patient bénéficie de l'aide juridictionnelle de plein droit quelles que soient ses ressources. *A contrario*, si le patient désigne un avocat de son choix, il en assume seul le coût atténué par l'aide juridictionnelle s'il en bénéficie. L'accès à l'aide juridictionnelle de plein droit sans condition de ressources reflète la volonté locale du Tribunal et du Barreau, de permettre aux patients un véritable accès au droit. Il s'agit de rendre possible cet accès, sans toutefois pénaliser financièrement des patients, souvent en grande difficulté sociale. Cependant, l'aide juridictionnelle établie comme en Tarn-et-Garonne semble un cas particulier, et n'est pas représentative de la situation générale. Notons que l'ADESM recommande également la présence de l'avocat et la prise en charge systématique par l'aide juridictionnelle. Dans la même logique, le Comité européen pour la prévention de la torture a demandé à savoir dans quelles conditions les patients bénéficieront de cette aide juridictionnelle. Il faut enfin noter l'initiative de précurseur du CHS Esquirol de Limoges<sup>790</sup>, qui a instauré depuis novembre 2009 une permanence d'avocats hebdomadaire dans l'établissement, au bénéfice des patients et de leur famille. En conclusion, désormais partout en France, les avocats seront de plus en plus amenés à s'intéresser à l'internement sans consentement. Face à une procédure complexe et aléatoire concernant des citoyens fragilisés, la présence des avocats constitue la seule garantie de respect des droits du patient privé de liberté. Certains avocats spécialement formés remplissent d'ores et déjà un rôle important dans certaines juridictions. C'est notamment le cas des avocats du ressort des Tribunal de grande instance de Versailles et de Dijon, où les JLD ont été amenés très tôt, à examiner la légalité des procédures et à prononcer des décisions de sorties immédiates, indépendamment des conditions de fond.

La loi prévoit que la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement puisse être représentée par l'avocat. Cependant, certains établissements ont refusé de transférer les patients par principe de manière systématique au nom du « processus de soin ». C'était le cas de l'hôpital P. Guiraud de Villejuif, qui soutenait à ce propos, ne pas avoir les moyens d'accompagner les patients au

787 TC, 17 février 1997, n°3045, *Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris c. M*, La Semaine Juridique, Jurisprudence 1997, 22885.

788 Cass, ch Crim, audience publique du 24 novembre 2010, n°10-81137.

789 Cass, ch Crim, audience publique du 23 novembre 2004, n°04-82558.

790 « Psychiatrie: une permanence d'avocat pour les patients et leur famille au CH Esquirol de Limoges », (APM), 21 décembre 2010.

tribunal<sup>791</sup>. Cet établissement a donc adopté une conduite à tenir pour éviter le déplacement des patients. Parfois, le médecin fournissait un certificat de contre-indication médicale à la participation à une audience. Dans d'autres cas, la direction produisait une lettre indiquant quatre raisons pour lesquelles le patient ne pouvait pas être transporté. Ces arguments évoquaient la rupture dans la continuité des soins, du fait du transport, un problème de sécurité, une atteinte à l'intimité des patients en raison du caractère public de l'audience, et un risque juridique pour l'hôpital, ce dernier étant responsable des éventuels dommages causés par le patient. Devant cet état de fait, bien repéré dans le rapport parlementaire d'évaluation de la loi, cinq décisions de main levée ont été prises en une semaine par les JLD de Créteil. Elles concernaient cinq patients, au motif de leur absence à l'audience qui se tenait au tribunal. Dans les décisions de mainlevée, les juges relevaient que l'absence du patient contredisait le respect du principe du contradictoire. Depuis, le Tribunal de grande instance de Créteil exige la présence systématique du patient à l'audience, en l'absence de justification médicale<sup>792</sup>. La juridiction de Créteil applique en cela une jurisprudence de la Cour d'appel de Paris du 20 février 2012. Sur la base de l'article 14 du Code de procédure civile, disposant que nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée, la Cour a estimé en l'espèce que toute personne partie à une procédure judiciaire doit avoir la possibilité d'être entendue personnellement. En l'absence du refus du patient de comparaître, seul un empêchement médical justifié autorise son absence physique à l'audience du JLD et permet sa représentation par un avocat. S'il est vrai que la judiciarisation pose la question des moyens humains, tant du côté des magistrats que des soignants, les arguments pour justifier la non présentation au Tribunal de grande instance de Créteil des patients hospitalisés, étaient s'avéraient spécieux et condamnables. Non seulement ils privaient les patients de leur droit, mais ils contribuaient de plus à entretenir l'amalgame entre troubles psychiatriques et dangerosité. Le CHS P. Guiraud était isolé dans sa position, et il n'est pas apparu de difficultés similaires à celles qu'il évoquait dans l'ensemble des autres établissements. En définitive, si la loi prévoit que le patient soit représenté, dans le cas où il refuse d'être auditionné, la représentation par l'avocat ne peut être réservée qu'à cette seule et unique circonstance. Il est d'ailleurs surprenant que la loi prévoie pour la même personne, à la fois une incapacité de consentir aux soins, et une capacité à renoncer à ses droits à la défense. Le législateur a ici introduit un étonnant nouveau régime d'incapacité asymétrique.

Le lieu de l'audience reste un sujet récurrent de controverse. L'avis du 22 mars 2012 de la Commission nationale consultative des Droits de l'homme, montre que l'audience à l'hôpital évite une promiscuité regrettable entre les malades et les délinquants. Pour la Commission, cette audience foraine garantit l'effectivité du contrôle, et son principe devrait être la règle si les aménagements nécessaires sont réalisés dans une salle dédiée de l'établissement de santé. Les malades ont alors beaucoup plus facilement accès au juge, ce qui n'est pas toujours le cas lorsque les audiences ont lieu au tribunal et lorsque le patient est représenté. Selon la commission, « dans le cas des audiences foraines, même ceux des malades qui avaient été dispensés d'audience finissent par s'y présenter après s'être entretenu, dans leur chambre, avec l'avocat chargé de les représenter ». La Commission souhaite que cette exception justifiée soit retenue pour les malades, mais « à condition de doter les juridictions des moyens permettant aux juges de se déplacer dans les hôpitaux ». Selon la Commission, le contrôle systématique du juge vient renforcer le regard de la société sur le sort et la situation des malades mentaux. De plus, l'audience dans l'établissement permet d'aborder des aspects de la prise en charge médicale avec les équipes soignantes. Cette présence du magistrat peut permettre une réflexion sur des pratiques attentatoires aux droits des malades, notamment comme l'usage de la contention. Dans l'hypothèse d'audiences tenues à l'hôpital, une circulaire<sup>793</sup> précise les nécessités techniques. Elle rappelle le cahier des charges relatif aux salles de justices, mais aucun moyen nouveau n'a été prévu par la loi. Compte tenu des normes en vigueur et des solutions immobilières et mobilières retenues par le ministère, l'aménagement type pour les salles d'audience situées sur l'emprise des établissements

---

791 « Psychiatrie: crispations, entre le CH Paul Guiraud, et le tribunal de Créteil sur les audiences de patients », (APM), 16 mars 2012.

792 « Psychiatrie: le TGI de Créteil applique une jurisprudence sur la présence du patient à l'audience », (APM), 20 mars 2012.

793 Ministre du travail, de l'emploi et de la santé/ circulaire n°DGOS/R4/2011/312 du 29 juillet 2011, relative aux droits et à la protection des personnes, faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.



d'accueil devrait répondre à des exigences précises. En termes de signalétique, il doit être mentionné « Ministère de la Justice et des Libertés, annexe du Tribunal de Grande de [...] ». Cette mention est nécessaire pour définir, identifier et localiser l'espace judiciaire au sein de l'établissement de santé.

### **C. La publicité des débats.**

La publicité des débats est un principe procédural légitime, mais inadapté au respect du secret médical et de l'intimité de la vie privée. Dans une jurisprudence particulièrement stricte, la CEDH<sup>794</sup> rappelle que « [...] La législation interne doit ménager des garanties [...] pour empêcher toute [...] divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention ». Lorsque le secret médical est en jeu, la question de la publicité a été également tranchée par la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>795</sup>. Elle considère implicitement que l'examen d'un dossier médical implique l'huis-clos. Conformément à l'article 6 de la Convention européenne, si l'article 400 du Code de procédure pénale consacre le caractère public des audiences, il admet le huis clos lorsque la protection de la vie privée et la dignité de la personne sont en jeu. La chambre criminelle considère, au vu de l'article 8 de la Convention européenne, que la production d'un dossier médical, couvert par le secret professionnel, doit impliquer automatiquement l'huis clos. La juridiction est tenue dans ce cas, de justifier le caractère public des débats, même en l'absence de demande d'huis clos. L'arrêt visant cet article 8 de la Convention précise, de manière explicite, que l'examen public et contradictoire de pièces d'un dossier médico-social imposait à la Cour d'appel de rechercher s'il s'agissait d'une mesure nécessaire et proportionnée à la défense des droits de la partie civile. Par cette décision de cassation, le juge judiciaire admet que la divulgation d'informations médicales nécessite l'huis clos par principe et la publicité par exception. La loi du 5 juillet 2011 n'a pas dérogé au principe de publicité de la justice, qui fait partie des principes fondamentaux de procédure européenne et interne. Il s'agit cependant d'un point particulièrement sensible relatif à la protection du secret médical et des données médicales personnelles. Le droit de la santé insiste particulièrement sur l'obligation de confidentialité. L'article L.1110-4 du CSP, modifié par la loi du 10 août 2011<sup>796</sup>, précise que, sauf dérogation prévue par la loi, toute personne prise en charge par un établissement de santé a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. Ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé. Il s'impose à tout professionnel de santé. Ces obligations sont renforcées par l'article L.1112-1 du CSP, disposant que les établissements sont tenus de protéger la confidentialité des informations sur les personnes qu'ils accueillent. Précisément, c'est en psychiatrie que la divulgation du secret médical revêt l'aspect le plus péjoratif. En effet, les malades mentaux sont ceux qui nécessitent le secret le plus absolu, compte tenu de situations relationnelles complexes, inhérentes à la pathologie. Ceci incite d'ailleurs nombre de patients à dissimuler leur situation envers leur entourage et leurs proches.

La publicité est dans le même temps un principe fondamental du fonctionnement de la justice consacré par l'article 6-1 de la Convention européenne. L'impartialité du juge, qui se vérifie par la publicité des débats, constitue un droit fondamental qui doit être garanti aux justiciables. L'impartialité et l'égalité des citoyens devant la loi sont des éléments essentiels de la confiance du public en la justice. La publicité conditionne la validité de la décision du juge. Les débats juridictionnels doivent donc être publics, sauf exceptions expressément prévues par la loi. Ce principe général de publicité et du prononcé des jugements peut toutefois être aménagé dans sa mise en œuvre. Cela peut être le cas en fonction de considérations tenant à l'intérêt des parties, tel que la protection de la vie privée. Sauf les cas où la loi le prévoit, c'est au président du tribunal de statuer sur l'éventualité d'un huis clos.

---

794 CEDH, 27 août 1997, Affaire *M.S. c. Suède*, point 41.

795 Cass. Crim, 24 avril 2007, n° 1622,

796 LOI n° 2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires. JORF n°0185 du 11 août 2011 page 13754 texte n° 2.

Dans la loi du 5 juillet 2011, le respect du principe de publicité et la procédure vont à l'encontre d'un autre droit fondamental. Il paraît difficile de comprendre que des informations médicales soient l'objet de modalités rigoureuses quant à la confidentialité et puissent être évoquées publiquement dans un tribunal. Nous sommes ici en présence d'un conflit de droits où un principe procédural, parfaitement légitime, vient en contradiction avec les droits, mais aussi avec une obligation déontologique médicale essentielle. La déontologie médicale énonce « pas de médecine sans confiance. Pas de confiance sans confiance. Pas de confiance sans secret ». L'article 6 de la Convention européenne prévoit de pouvoir déroger au principe de publicité. Par principe, « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement ». Toutefois, « [...] l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès [...] lorsque [...] la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent [...] ». La circulaire de la Chancellerie<sup>797</sup> précise que la loi n'entend pas déroger au principe de publicité inscrit dans la loi du 5 juillet 1972<sup>798</sup>, mais elle prévoit des dérogations possibles. Elle fait référence à l'article 435 du Code de procédure civile disposant que le juge peut décider la tenue des débats en chambre du conseil. Cette disposition est prévue notamment pour le cas où la publicité, porte atteinte à l'intimité de la vie privée, et si les parties le demandent. La décision ne fait pas contre pas l'objet de dérogation, et dans tous les cas doit être rendue publiquement. Pour les pouvoirs publics, la possibilité laissée au juge de tenir les débats en chambre du conseil est suffisante. Selon le législateur, l'impératif de protection de l'intimité du patient et les données médicales le concernant peut ainsi être respecté. Cela paraît pourtant insuffisant, car trop aléatoire. En effet, le patient ne saisit pas forcément la portée de la publicité au regard de sa situation. Compte tenu de l'enjeu, il paraissait judicieux que le texte prévienne les audiences en chambre du conseil par principe, garantissant ainsi le respect du secret médical. La dignité se conçoit comme le prestige attaché à une personne, ce qui lui vaut considération et respect. La publicité de l'audition ne semble pas compatible avec le respect de la dignité. Face à cette difficulté, les psychiatres peuvent toutefois préciser dans les avis et certificats la nécessité de préserver « l'intimité de la vie privée ». Ils peuvent ainsi mettre en avant le secret médical afin d'orienter le juge vers une audition en chambre du conseil. Les avocats pourront également s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour de cassation de 2007<sup>799</sup>, imposant implicitement l'huis clos dès lors que l'on examine un dossier médical. Par comparaison, en matière pénale, l'article 400 du Code de procédure pénale consacre le caractère public des audiences. Cependant, il admet l'huis clos lorsque la protection de la vie privée et la dignité de la personne sont en jeu. En matière psychiatrique, il serait judicieux que le principe soit inversé à l'avenir, la juridiction justifiant le caractère public des débats par exception. D'un point de vue technique, la circulaire du 29 juillet 2011<sup>800</sup>, ainsi que l'information adressée aux ARS<sup>801</sup>, ont précisé des règles de confidentialité particulièrement rigoureuses, pour la transmission des informations entre l'établissement de santé et le tribunal. Ces exigences paraissent pour le moins paradoxales, voire incongrues dans ce contexte d'audition publique.

Certains magistrats ont cependant pris des positions de principe en faveur de l'huis clos. Le JLD du Tribunal de grande instance de Pontoise a ainsi considéré que la CEDH le mettrait en cause sur la base de l'article 8 de la Convention, si les audiences étaient publiques. Il a donc décidé par principe, que les audiences se tiendraient systématiquement à huis clos, afin de préserver le secret médical<sup>802</sup>. C'est aussi

---

797 Ministère de la justice et des libertés, Circulaire du 21 juillet 2011 relative à la présentation des principales dispositions de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge et du décret n° 2011-846 du 18 juillet 2011 relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques.

798 Loi n°72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile. JORF du 9 juillet 1972 page 7181.

799 Cass, ch. Crim, 24 avril 2007, n° 1622.

800 Circulaire de la DGOS/R4/2011/312 du 29 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

801 Protection des échanges documentaires, dans le cadre des mesures de soins sans consentement, DGS, 11/08/2011.

802 FAVEREAU. E, « En pyjama devant monsieur le juge », 25 octobre 2010, *Libération.fr*

le cas de la décision de la Cour d'appel de Paris<sup>803</sup> vue précédemment qui s'est prononcée en chambre du conseil, au titre de la protection de l'intimité de la vie privée.

*A contrario*, d'autres magistrats auditionnent systématiquement les patients en public. Localement, lors d'une réunion de coordination à l'instigation du président du Tribunal de grande instance de Montauban en novembre 2011, la question de la publicité a été soulevée au regard du secret médical. Les magistrats sensibles au problème ont souligné qu'ils n'auditionneraient toutefois en chambre du conseil qu'à la demande des parties et en l'occurrence du patient. Le Bâtonnier a quant à lui revendiqué le rôle de conseil spécifique des avocats à ce propos, charge également au personnel de santé d'organiser une information du patient en amont de l'audition. Les magistrats montalbanais ne tranchent pas entre la garantie procédurale de transparence et d'impartialité apportée par la publicité et la protection du secret médical que permettrait la confidentialité du huis clos. Enfin, dans le cadre des orientations nationales, le Plan Santé Mentale 2011-2015 préconise que chaque patient relevant de soins sans consentement puisse être auditionné par le juge sur l'ensemble du territoire, dans un lieu apaisant, proche de son lieu de soins en préservant son intimité et le secret professionnel. La rédaction du plan souligne à ce propos que cela est « peu compatible aujourd'hui avec une audience publique ».

#### **D. L'audience du majeur protégé.**

Le tuteur et le curateur ont une place particulière dans la procédure devant le JLD. L'article L.3211-5 du CSP dispose qu'une personne faisant l'objet de soins psychiatriques, en raison de troubles mentaux, conserve la totalité de ses droits et devoirs de citoyen, sous réserve des dispositions relatives aux mesures de protection des majeurs, prévues au Code civil. De plus, la personne chargée de la protection dispose du droit de saisine facultatif, prévu à l'article L.3211-12 du CSP. En revanche, l'article L.3211-12-2 du CSP n'évoque pas la présence de la personne chargée de la protection éventuelle. Si l'article R.3211-12 du CSP dispose que le greffier avise les parties à la procédure, il n'est pas prévu que le tuteur ou curateur soit convoqué « es » qualité, en tant que partie, sauf s'il est requérant. La personne chargée de la protection occupe en revanche une place reconnue dans les procédures d'admission en cas de péril imminent. Dans ce cas, le 2<sup>e</sup> alinéa du II de l'article L 3212-1 prévoit que la personne chargée de la protection doit être prévenue dans les vingt-quatre heures. Il faut, en conclusion, s'en remettre à l'article 468 du Code civil, pour clarifier le principe général prévoyant la place du protecteur dans la procédure. Il dispose, que la personne en curatelle, nécessite la présence du curateur pour introduire une action ou se défendre en justice. C'est cette dernière disposition, prévoyant la présence de la personne chargée de la protection de la personne auditionnée par le JLD, qui est requise dans le cas d'auditions de malades mentaux internés. La jurisprudence qui se construit va d'ailleurs dans ce sens. Ainsi, le JLD de Versailles<sup>804</sup> a ordonné la mainlevée d'une mesure en s'appuyant sur l'article 468 du Code Civil. En l'espèce, le curateur n'avait pas été avisé et n'assistait pas le patient. Le 10 septembre 2012, Me C. Vaillant a obtenu une même décision de mainlevée d'une mesure de soins en cas de péril imminent, sans tiers, par le JLD de Créteil<sup>805</sup>. La mainlevée a été ordonnée en application de l'article R. 3211-10 du CSP et de l'article 468 du Code civil. Ces dispositions prévoient que l'assistance du curateur est requise pour introduire une action en justice ou y défendre. En l'occurrence, le fait que le patient soit sous curatelle renforcée, ne pouvait pas être ignoré par l'établissement demandeur à l'instance, et ce dernier devait communiquer sa requête au curateur du patient. Dans une ordonnance de mainlevée d'une mesure pour péril imminent, le JLD de Dijon<sup>806</sup> s'est fondé sur un autre moyen spécifique. Il a retenu le non-respect du 2<sup>e</sup> alinéa du II de l'article L 3212-1. Ce texte contraint le directeur de l'établissement à informer dans les vingt-quatre heures, le cas échéant, la personne chargée de la protection juridique. En l'espèce, le curateur avait été informé de l'internement tardivement, quarante-huit heures après l'admission, alors même que la patiente était connue de l'établissement de même que sa situation de personne protégée.

---

803 CA de Paris, 4 avril 2013, ordonnance du premier président, n°110/2013.

804 TGI de Versailles, ordonnance de mainlevée du JLD, 5 octobre 2011.

805 TGI de Créteil, ordonnance du JLD, 10 septembre 2012, n°RG 12/01732.

806 TGI de Dijon, ordonnance du JLD, 23 novembre 2012, n°RG 2012/294.

## **CHAPITRE 2. DE NOUVELLES DISPOSITIONS CONTROVERSÉES.**

Avec l'instauration des programmes de soins, sans consentement ambulatoires, la loi du 5 juillet 2011 met en place une mesure essentielle pour le législateur, révélatrice de l'action publique. O. Labouret<sup>807</sup> remarque que les réflexions évoquées par R. Castel en 1976<sup>808</sup> se vérifient. L'hospitalisation devient une des modalités de prise en charge parmi d'autres. Selon le sociologue, le pouvoir de domination se transformerait désormais en pouvoir de manipulation. La psychologie et la médecine deviennent donc les instruments substitutifs à la répression de la déviance. Cependant, ces nouvelles modalités sont particulièrement controversées et fragilisées, et c'est notamment le cas des programmes de soins psychiatriques. La prescription de soins risque notamment d'être utilisée comme le moyen de pallier au manque de lits d'hospitalisation. J. Cohelo prévient d'une dérive potentielle car ce dispositif, ne doit pas constituer « une échappatoire législative au manque de lits hospitaliers<sup>809</sup> ».

### **SECTION 1. LE PROGRAMME DE SOINS AMBULATOIRE SANS CONSENTEMENT: UN CONCEPT AMBIGU.**

Le dispositif de soins ambulatoires constitue la véritable nouveauté de la loi, qui ne devait rien *a priori* aux censures du Conseil constitutionnel. Les bases de ces modalités reprennent les préconisations de plusieurs rapports examinés précédemment. Ce nouveau régime de soins comporte cependant de nombreuses zones d'imprécision. Il s'agit essentiellement de la portée aléatoire de l'intervention du juge des libertés, ainsi que de la protection de certaines libertés individuelles, telles que la protection de l'intimité de la vie privée. Comme nous allons le constater, le juge constitutionnel<sup>810</sup> n'a pas contribué à la clarification, en considérant que « [...] l'obligation de soins a été conçue pour passer outre l'incapacité du malade à consentir à un protocole de soins, mais non pour briser par la force son éventuel refus de s'y soumettre ».

#### **§1. Un dispositif qui échappe au contrôle du juge de plein droit.**

Selon T. Douraki, le traitement obligatoire ambulatoire d'un malade mental constitue bien une détention au sens de l'article 5 de la Convention européenne. A ce titre, elle se doit d'être régulière et ordonnée selon les voies légales<sup>811</sup>. Le « programme de soins » sans consentement ambulatoire, instauré par la loi du 5 juillet 2011, déroge à ce principe. Ce dispositif présente la caractéristique majeure d'échapper au contrôle du juge de plein droit. Il s'agit pourtant d'un aspect très sensible de la protection des libertés individuelles, non seulement au regard de la liberté d'aller et venir, mais également pour la protection de l'inviolabilité du domicile et de la vie privée des patients ainsi que de leurs proches. Ainsi, un programme de « soins contraints », mis en place avant l'expiration des quinze jours d'hospitalisation complète, qui comprendrait six jours d'hospitalisation sur sept, ou une hospitalisation de dix-huit heures à neuf heures tous les jours, n'est pas considéré comme une privation de liberté suffisante justifiant le contrôle par le JLD.

La rédaction du nouvel article L.3211-2-1 du CSP prévoit qu'une personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement peut être prise en charge sous une forme incluant des soins ambulatoires. Ces soins peuvent comporter des soins à domicile et, le cas échéant, des séjours effectués dans un établissement. Les décisions du 26 novembre 2010 et du 9 juin 2011 ont rappelé que les soins psychiatriques sans consentement constituent une atteinte à la liberté d'aller et venir et à la

---

807 LABOURET. O, *Le nouvel ordre psychiatrique*, éditions Erès, 2008, p.13.

808 CASTEL. R, *L'ordre psychiatrique*, éditions de minuit, Paris, 1976.

809 COELHO. J, *Avant-projet de « réforme de l'hospitalisation sans consentement portant création des soins sans consentement »: où en est-on?* [www.groupeinfosiles.org](http://www.groupeinfosiles.org)

810 Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie, commentaire de la décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, (Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement).

811 DOURAKI. T, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté de certains malades et marginaux*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1984, p.2.

vie privée. Le Conseil constitutionnel a considéré que, selon les articles 4 et 7 de la DDHC, nul ne peut être privé de sa liberté, sinon dans les cas déterminés par la loi. Hors, le législateur ne définit ni les contours, ni l'étendue de la privation de liberté, constituée par des séjours en hospitalisation complète, inclus dans un programme. Il était donc possible de soutenir que la loi méconnaît les exigences de l'article 7 de la DDHC en ce qu'il impose de déterminer précisément les conditions de privation de liberté. Ces soins sans consentement ambulatoires ne sont pas limités dans le temps par le législateur et se déroulent sans contrôle systématique du juge indépendant. Enfin, le texte paraît en désaccord avec les exigences de la Convention européenne. Il ne fixe pas de distinction entre privation et restriction de liberté, mais au contraire retient un principe général. Pourtant, grâce à une interprétation en contradiction avec celle du Conseil d'Etat, le juge constitutionnel a considéré le 20 avril 2012, que cette disposition était conforme à la Constitution.

Si le patient refuse le suivi et si le protocole de soins ambulatoires n'est pas respecté, il appartiendra au psychiatre d'alerter la direction de l'établissement qui saisira elle-même les autorités. Cette disposition, qui devait être précisée par décret, comporte un grave problème déontologique car elle transforme le psychiatre en auxiliaire de police et rompt de fait la relation thérapeutique. La confiance nécessaire à la relation à l'occasion du colloque singulier disparaît à cette occasion. Par voie de conséquence, ensuite, le psychiatre pourra difficilement prendre en charge le patient concerné. Toujours selon la loi, le patient serait tenu dans certains cas d'accepter une intrusion par du personnel soignant dans son intimité. Ces dispositions intrusives apparaissent également gravement attentatoires à l'intimité de la vie privée des patients, mais aussi des personnes de leur entourage. Enfin, ces intrusions sont susceptibles de gravement altérer l'alliance thérapeutique nécessaire entre les soignants et le patient pour des soins efficaces.

En écartant le juge des libertés, du contrôle systématique des programmes de soins, le législateur opère une distinction avec les soins pénalement ordonnés. Ces derniers sont effectivement encadrés et contrôlés par le juge d'application des peines. Cette distinction fait apparaître les programmes de soins psychiatriques comme plus coercitifs que les soins pénalement ordonnés, lors des mesures de liberté conditionnelles. Dans le cadre de la libération conditionnelle et pendant le temps passé à l'extérieur, la personne condamnée est placée sous la surveillance du JAP et d'un travailleur social du Service Pénitentiaire d'Insertion et de Probation (SPIP). La personne condamnée est alors soumise à des mesures de contrôles professionnels et médicaux<sup>812</sup>, sous la forme de l'injonction thérapeutique<sup>813</sup> ou de l'injonction de soins, dans le cadre du suivi socio-judiciaire<sup>814</sup>. Personne ne conteste la nécessité de soumettre un placement en liberté conditionnelle sous contrôle du juge. La logique devrait être identique pour les programmes de soins imposés, car il s'agit également d'une atteinte à la liberté avec le respect d'obligations imposées à la personne. C'est d'ailleurs la position de l'Union Syndicale des Magistrats. En effet, pour le syndicat, le programme de soins sans consentement ambulatoire constitue une entrave conséquente à la liberté d'aller et venir, ainsi qu'une atteinte potentielle à la vie privée. Selon cette organisation de magistrats, si l'entrave est certes moindre qu'en cas d'hospitalisation complète, cela justifie toutefois un contrôle du juge de plein droit. En contradiction avec ces analyses, le législateur a considéré que, contrairement à l'hospitalisation complète, les soins sans consentement ambulatoires n'étaient pas privatifs de liberté mais seulement restrictifs. Cette approche amène le Dr O. Labouret<sup>815</sup> à qualifier l'intervention du juge de « judiciarisation en trompe-l'œil ». Ce dernier assimile le dispositif à une « assignation à résidence » sans contrôle systématique, en jouant sur la menace d'une hospitalisation. Il apparaît que les soins sans consentement ambulatoires vont obéir à des principes identiques aux soins pénalement ordonnés et remplir ainsi une mission de contrôle de certains individus. La différence fondamentale avec le suivi des peines, réside cependant, dans l'absence de contrôle judiciaire systématique. De fait, le patient sera soumis à des programmes de soins sans

---

812 Art 132-44 et 132-45 du Code pénal.

813 Art L.3413-1 à L.3413-4 du CSP.

814 Art 763-3 et 763-4 du Code de procédure pénale.

815 NAVARRO. T, « C'est une judiciarisation en trompe-l'œil », 30 septembre 2011, ladepeche.fr

contrôle du juge, alors qu'ils sont pourtant comparables aux exigences imposées aux détenus en situation de probation. La fédération CGT santé explique que les soignants deviennent ainsi, de fait, les « garants de l'ordre social »<sup>816</sup>. Elle considère que les soignants sont « relégués à un rôle de gardien, avec pour mission le contrôle des patients, par l'obligation de rendre compte du non respect du programme de soins à la hiérarchie administrative ». Selon ces critiques, le professionnel de psychiatrie devra informer le directeur d'établissement, de l'absence du patient à un rendez-vous. Il devient de fait auxiliaire de police, puisqu'il est tenu d'alerter le directeur, qui a son tour devra en référer au préfet. L'ultime effet pervers consiste à transformer la prise en charge de patients. Il s'agit de la transformation de l'hospitalisation complète en programmes de soins, *a minima* avant le quinzième jour, et sans que les patients reçoivent d'information spécifique. Ce glissement entre deux modalités permet d'exclure le patient du contrôle judiciaire de plein droit. Ce contournement permet de remplir deux objectifs. Il permet d'éviter la mobilisation des moyens matériels et humains nécessaires à l'audience, mais également d'éviter le regard du juge sur les pratiques. Il existe également d'autres effets involontaires permettant de soustraire le patient au contrôle systématique du juge. Il s'agit des situations dans lesquelles le programme de soins associe plusieurs types de prises en charge. C'est notamment le cas lorsque le patient, pour des raisons thérapeutiques, alterne quotidiennement et sans interruption une prise en charge de nuit dans une structure, et de jour dans une autre. Cela fait l'objet d'un programme de soins, alors que le patient se trouve toujours hospitalisé en continu, mais sur des structures différentes. Bien que cette prise en charge réponde pour le psychiatre à l'intérêt thérapeutique du patient, ce dernier verra sa situation échapper de fait au contrôle systématique du juge.

Si la loi prévoit toujours un contrôle des autorités administratives, judiciaires et de la CDSP pour les situations de patients hospitalisés, le législateur n'a pas envisagé ce type de contrôle pour les patients en programmes de soins. Ces patients se trouvent donc écartés, non seulement du contrôle de plein droit du juge des libertés, mais aussi des contrôles classiques prévus dans le cadre de l'hospitalisation complète. Le législateur semblerait avoir fait preuve d'incompétence négative en définissant les soins sans consentement ambulatoires. En ne prévoyant pas la protection des libertés individuelles, en jeu dans le programme de soins, il reste « en deçà » de sa propre compétence. Il laisse au pouvoir exécutif la capacité de régler des dispositions qui relèveraient de la loi. L'incompétence négative du législateur peut donc être invoquée à propos des programmes de soins, puisqu'il méconnaissent les principes issus de l'article 34 de la Constitution.

Paradoxalement, les programmes de soins sans consentement ambulatoires ont été présentés par le Gouvernement et la majorité des législateurs comme un dispositif moins coercitif que la psychiatrie asilaire. C'est d'ailleurs cette justification, que le législateur et l'exécutif ont avancé, pour ne pas les soumettre au contrôle du juge systématique. En s'appuyant sur une part de discernement résiduel chez le malade, et sur la menace d'une mesure plus coercitive en cas de refus de soins, les soins sans consentement ambulatoires constitueraient, selon nombre de détracteurs, la forme la plus subtile de contrôle social. Certains identifient même une convergence des mutations scientifiques liées au DSM avec les évolutions juridiques. Cette conjonction de logiques diagnostiques et juridiques amènerait nombre d'individus à subir une tutelle médico-juridique.

Le législateur a voulu instaurer des soins ambulatoires par principe et réserver l'hospitalisation par exception. En réalité, comme auparavant, les médecins privilégient le plus souvent une hospitalisation complète entrecoupée éventuellement de permissions de sortie. Cette divergence d'interprétation des praticiens confirme l'ignorance du pouvoir exécutif à l'origine de la loi, ainsi que du législateur sur les réalités de terrain. L'interprétation des sages a de ce point de vue encore accentué le trouble. En ne définissant pas clairement le cadre juridique de ces soins ambulatoires, cela laisse une large marge d'interprétation qui se révèle une source d'arbitraire et d'insécurité juridique. Le constat général vient finalement valider la position des détracteurs du dispositif qui ont dénoncé l'élaboration du texte du 5

---

816 Projet de loi relatif au placement sous contrainte en psychiatrie, lettre ouverte de la fédération CGT santé aux salariés, 23 mai 2011.

juillet, considérant que les soins ambulatoires ne sont réalisables, que sur le principe du consentement, dans le cadre des modalités relatives aux soins libres.

## §2. L'inviolabilité du domicile et du secret médical peu protégé.

L'OMS<sup>817</sup> considère que « la vie privée est un concept général qui limite jusqu'où la société peut s'ingérer dans les affaires d'une personne ». Ainsi, la vie privée comporte « le secret de l'information, le secret corporel, le secret des communications et le secret territorial ». La secrétaire d'Etat à la santé N. Berra<sup>818</sup> a rappelé que « toute atteinte à la liberté des patients ne peut être motivée que par des raisons liées à leur état de santé ». Mais, tout en admettant « les interrogations » et les « inquiétudes », elle n'a pas apporté de réponse précise sur les « moyens adaptés », jugés pourtant nécessaires, selon sa propre majorité, pour la mise en place des soins ambulatoires sous contrainte. Ces soins sans consentement ambulatoires, semblent pourtant constituer une atteinte aux principes démocratiques et aux libertés, notamment lorsqu'ils s'exercent à domicile. Certains affirment d'ailleurs, qu'un traitement imposé au patient, dans son espace privé, tel qu'initialement prévu dans la loi du 5 juillet 2011, constitue une forme de « viol de l'intime ».

### A. La protection du domicile.

La protection de l'inviolabilité du domicile est caractérisée par l'interdiction de s'introduire ou de se maintenir dans les lieux où habite une autre personne sans son consentement, et *a fortiori* contre son gré. La notion de vie privée s'oppose à la vie collective, elle limite l'étendue du pouvoir politique par la création d'un espace privé pour l'individu. Pour mémoire, le Conseil constitutionnel a affirmé que « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle<sup>819</sup> ». Assurer une protection de la sphère d'intimité de chacun est donc nécessaire pour respecter sa liberté. Le secret permet de respecter les personnes, il est donc indispensable à une coexistence harmonieuse des individus. Ce respect se décline sur plusieurs axes dont, pour ce qui nous intéresse, l'inviolabilité du domicile et la protection du secret médical. En ce sens, P. Bernardet<sup>820</sup> soulignait, dès 2005, qu'une contrainte de soins en ambulatoire constituait une grave ingérence dans la vie privée de la personne. A ce titre, elle ne pourrait que « relever de la compétence du juge de l'ordre judiciaire, sauf à violer de nouveau l'article 66 de la Constitution ». Identifier le domicile comme lieu de soins psychiatriques modifie un paradigme essentiel, puisque l'espace personnel intime devient un espace commun partagé par d'autres. Cette approche remet bien en cause la notion d'inviolabilité du domicile, protégée par le Conseil constitutionnel et la CEDH. En résumé, le domicile est considéré comme un prolongement de la personnalité de son détenteur, et à ce titre particulièrement protégé. Ce caractère personnel est d'ailleurs confirmé par l'article 226-4 du Code pénal<sup>821</sup>. Ce texte répressif détermine l'intrusion dans le domicile d'autrui comme une atteinte aux personnes, et non une atteinte aux biens, à ce titre réprimé plus sévèrement. Il s'agit ici d'un principe démocratique essentiel, qui différencie une société libérale, d'une société totalitaire.

Dans sa décision du 29 décembre 1983<sup>822</sup> le juge constitutionnel a déclaré que les visites domiciliaires n'étaient pas conformes à la Constitution puisque l'autorité judiciaire était écartée *a priori*. Les sages ont considéré que cela mettait en cause la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects et notamment celui de l'inviolabilité du domicile. En ce qui concerne les soins psychiatriques, les visites à domicile reposaient auparavant sur le principe éthique du libre consentement entre les parties. Ce consentement s'appuie sur un triptyque classique associant, en premier lieu, l'accord du patient sur le

---

817 Livre de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme et la législation, OMS, 2005.

818 « Psychiatrie : manifestation et confusion autour du projet de loi », 10 mai 2011, *lequotidiendumedecin.fr*

819 CC, décision du 18 janv. 1995, n° 94-352 DC.

820 BERNARDET. P., Chargé de recherches au C.N.R.S, réunions des 22 juin et 6 juillet 2005 du Groupe d'études parlementaire sur l'hospitalisation psychiatrique, note critique.

821 Art 226-4 du code pénal.

822 CC, décision du 29 décembre 1983, n° 83-164 DC 29.

principe de ces soins. Le patient doit de plus être d'accord pour être visité par un soignant et le soignant doit être d'accord pour rendre cette visite. Ce dispositif pose également un problème déontologique au médecin. En effet, l'article R.4127-51 du CSP dispose que le médecin ne doit pas s'immiscer, sans raisons professionnelles, dans la vie privée de ses patients. La déontologie médicale encadre strictement l'action du praticien admis à pénétrer l'intimité à l'occasion de son exercice professionnel. Le psychiatre O. Labouret<sup>823</sup> considère que la loi du 5 juillet 2011 est fondamentalement inacceptable, de ce point de vue, car elle organise la surveillance sociale des « vulnérables et précaires, stigmatisés ainsi en classe dangereuse ». Le praticien en vient d'ailleurs à prédire « un véritable apartheid, un enfermement chez soi et en soi croissant, compatible avec la poursuite d'objectifs économiques nécessitant un parfait conformisme de masse à l'ordre public dominant ». Cette hypothèse méritera d'être vérifiée, par un bilan précis, de l'importance accordée aux visites à domiciles (VAD), et à leurs modalités pratiques dans les programmes de soins.

Le doute semblait donc permis quant à la légitimité des soins sans consentement ambulatoires en particulier au domicile du patient et sans contrôle judiciaire. Cette ambiguïté est cependant en partie levée par la décision du Conseil constitutionnel du 20 avril 2012<sup>824</sup>. Les sages ont considéré que « [...] les dispositions de l'article L.3211-2-1 du CSP n'autorisent pas l'exécution d'une [...] obligation sous la contrainte; que ces personnes ne sauraient se voir administrer des soins de manière coercitive ni être conduites ou maintenues de force pour accomplir les séjours en établissement prévus par le programme de soins ». De plus, les sages ont précisé qu'« aucune mesure de contrainte [...] ne peut être mise en œuvre sans que la prise en charge ait été préalablement transformée en hospitalisation complète [...] ». En évitant d'introduire le contrôle systématique du juge, les sages ont toutefois introduit une confusion législative, en instaurant des soins obligés non contraints en dehors de l'hospitalisation complète. Le concept de soins sans consentement ambulatoires était déjà difficile à comprendre, il est aujourd'hui largement vidé de sens. Toutefois, en attendant un éclaircissement du législateur, selon le raisonnement du juge Constitutionnel, toute intrusion forcée au domicile du patient semble dorénavant prohibée.

## **B. La protection du secret médical.**

Le secret médical se justifie par l'obligation de discrétion et de respect de la personne d'autrui. La protection du secret médical entre également en conflit avec les dernières dispositions législatives. Ces intrusions au domicile sont constitutives de violation car ce secret sera divulgué de fait à l'entourage proche. Dans certains cas, le proche se verra même assigner un rôle de co-soignant. Pourtant, le secret médical est une composante essentielle de la protection de la dignité de la personne. Il s'agit d'un droit général et absolu dont l'inviolabilité est solidement garantie par l'article 9 du Code civil, dans le cadre général de protection de la vie privée. Son atteinte est également réprimée par l'article 226-13 du Code pénal. De manière spécifique, l'article L.1110-4 du CSP dispose que toute personne prise en charge a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. Plusieurs dispositions réglementaires<sup>825</sup> relatives aux modalités de transmissions de données médicales viennent en plus compléter le dispositif de confidentialité. Il s'applique absolument à tous les professionnels de la santé. Ainsi, le médecin et tout professionnel de santé qui a accès au dossier ne peut transmettre la moindre information à un tiers quel qu'il soit. De la même façon, le secret s'impose aussi vis-à-vis de la famille et de l'entourage. La famille ou les proches n'ont pas de droit à l'information supérieur aux autres tiers. Ils sont même parfois, ceux envers qui le secret, doit être le plus absolu.

Le programme de soins sans consentement ambulatoire permet également une forme d'ingérence du représentant de l'Etat, dans le processus particulièrement discutable. Contrairement aux soins sur demande de tiers ou en cas de péril imminent, pour lesquels le directeur a compétence liée à la

---

823 TRAPINAUD. J., « Vers une psychiatrie sécuritaire », 13 décembre 2011, *lamontagne.fr*

824 CC, décision du 20 avril 2012, n° 2012-235 QPC, considérant 12.

825 Décret n° 2007-960 du 15 mai 2007 relatif à la confidentialité des informations médicales conservées sur support informatique ou transmises par voie électronique et modifiant le code de la santé publique. JORF n°113 du 16 mai 2007 page 9362 texte n° 210.



décision du psychiatre, le préfet est seul décisionnaire dans certains cas. Si le préfet n'a en principe pas d'accès direct à la nature du soin, son pouvoir d'homologation du programme lui confère de fait un rôle de prescripteur. Dans cette hypothèse, les critères d'appréciation formels de la validité des programmes de soins ne seront pas forcément cohérents avec la clinique présentée par le patient. En effet, le programme de soins est susceptible de fréquentes modifications pour s'adapter à l'évolution de l'état de santé du patient, mais la loi permet dorénavant au préfet de s'immiscer dans le processus. Le risque existe par exemple de privilégier une administration injectable de neuroleptique à action prolongée en contrepartie de plus de liberté pour le patient. Selon G. Koubi<sup>826</sup>, « le préfet est placé directement dans une fonction de domination tant à l'égard des médecins psychiatres que vis à vis de la personne internée ». Contrairement aux hospitalisations complètes systématiquement contrôlées par le juge, ce dernier est seul à apprécier des modalités de prise en charge de la personne dont il a décidé les soins. C'est le préfet qui va décider *in fine* de la fréquence des consultations, des alternatives à l'hospitalisation, et éventuellement des visites au domicile. Les dispositions réglementaires prévues à l'article R.3211-2 du CSP, relatives aux programmes de soins, prévoient que « lorsque les soins psychiatriques comportent un traitement médicamenteux, le programme de soins peut en faire état ». La seule restriction consiste seulement à ne pas préciser « la spécialité, le dosage, la forme galénique, la posologie, la modalité d'administration et la durée ». Malgré ces restrictions, il est évident que la divulgation de la seule notion de soins et de traitement médicamenteux à visée psychiatrique constitue une atteinte au secret médical. Du point de vue de la jurisprudence existante, la CEDH et la Cour de cassation admettent qu'exceptionnellement l'atteinte au secret médical. Ces juridictions considèrent que la révélation d'une information, même relevant de la vie privée, peut être légitime. C'est le cas seulement si elle est utile à l'intérêt général. Dans ce cas, elle ne doit pas porter atteinte de manière trop sévère à la dignité de la personne. En matière de soins sans consentement ambulatoires, le texte ne s'attarde pas sur la conciliation entre ces exigences, liées à l'intérêt général et au respect de la dignité et de l'intimité du patient. Il faudra observer le sort qui sera réservé à l'avenir à cette disposition, en particulier par la CEDH.

L'Union syndicale de la psychiatrie<sup>827</sup> relève que le programme de soins est établi par un psychiatre, dans des conditions définies par décret<sup>828</sup>. Le syndicat de praticiens attire alors l'attention de l'ordre national des médecins sur le fait que les psychiatres et les patients devront suivre et administrer des soins déterminés sur le fond par voie réglementaire. Le syndicat pense que ce ne sont pas les soins psychiatriques, mais « la surveillance et le contrôle social », avec caution médicale, qui est l'essence de ce programme. L'articulation de la prise en charge avec le psychiatre traitant libéral paraît également difficile. Si le site du ministère précise que le programme de soins sera forcément établi par un psychiatre de l'établissement d'accueil, en revanche, le programme de soins « [...] pourra prévoir des soins chez un médecin libéral ». Malgré cette précision du ministère, il est difficile d'imaginer comment le psychiatre libéral pourra s'inscrire et s'investir dans un processus auquel il n'aura pas été associé au préalable.

Si les soins sans consentement ambulatoires ont un impact lourd sur le patient, c'est aussi le cas sur son entourage. Les maires sont avisés des admissions, maintiens et levées des mesures de soins psychiatriques prises par le préfet. L'article L.3213-9 du CSP précise que le représentant de l'Etat doit informer également les autorités, de toute décision de prise en charge du patient sous une autre forme que l'hospitalisation complète. L'information des maires dans des communes de faible importance pose évidemment la question de la confidentialité quant à la situation juridique et sanitaire d'un habitant. A l'évidence, le législateur a agi sous l'influence d'événements médiatiques, intervenus dans l'espace public. Contrairement aux idées reçues, le danger que peut représenter le patient pour autrui concerne surtout la sphère intime. H. Davtian<sup>829</sup>, psychologue et thérapeute familiale, s'inquiète d'ailleurs du sort

---

826 KOUBI. G, Hospitalisation d'office, une hospitalisation sans consentement dite « de soins psychiatriques », circulaire du 11 août 2011, droits et protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques », 21 septembre 2011, [www.koubi.fr](http://www.koubi.fr)

827 Lettre de l'USP à Mr le Dr M. LEGMANN, Président du Conseil national De l'Ordre des médecins, 5 juillet 2011.

828 Art L.3211-2-1 du CSP.

829 DAVTIAN. H, « Psychiatrie: un lourd transfert sur les familles », 27 juin 2011, [blogs.mediapart.fr](http://blogs.mediapart.fr)

des familles face à l'application de cette loi. Cet aspect de la vie des patients a été en réalité très peu débattu. Au contraire, il semble que l'influence des associations ait orienté le Gouvernement vers une vision du patient toujours inséré dans un entourage familial favorable. La psychiatrie est sur une position ambivalente à l'égard des familles de malades mentaux. Si la collaboration avec les familles est de mise et même prévue par la loi, ces dernières sont souvent perçues, avec raison, comme des facteurs de décompensation de la pathologie de certains patients. Elles peuvent même devenir l'objet de soins, notamment à l'occasion de thérapies familiales systémiques. D'une certaine manière, cette loi acte que les familles peuvent constituer une alternative à l'hôpital psychiatrique, dans un contexte de réduction, des durées d'hospitalisations. Tout d'abord, elle met en évidence la dimension purement économique de cette approche. Ceci est déjà à l'œuvre dans d'autres pathologies, en entérinant le basculement des soins de l'hôpital vers l'entourage familial. Pourtant, les temps d'hospitalisation du patient atteint de troubles mentaux représentaient pour les familles un temps de récupération et de répit, où elles pouvaient être attentives à leurs besoins propres et se ressourcer. Avec ce texte, la charge sera majorée par le fait qu'on attendra des proches de gérer le comportement de leur proche au regard notamment de l'ordre public. A ce titre, ces dispositions introduites par la loi et ouvrant la possibilité de soins sans consentement au domicile familial, semblent particulièrement préjudiciables aux liens familiaux. Ces soins sans consentement ambulatoires, largement inspirés par certaines associations, se fondent sur une « idée familiale » qui se révèle le plus souvent erronée. H. Davtian<sup>830</sup> se plaît à rappeler l'état de la famille en psychiatrie aujourd'hui. Selon elle, une politique qui transforme la famille en établissement de santé altère les liens familiaux et met en péril l'idée même de famille. La dernière tendance des politiques publiques, concrétisée par le Plan Santé Mentale 2011-2015, persiste et attribue également aux familles le rôle de « veilleur au quotidien ». D'après les promoteurs du plan, « au delà d'un soutien moral, l'aidant familial est présent pour aider la personne à soigner et gérer sa maladie [...] notamment pour traverser les moments de crise ». Cette conception part du postulat que la famille est une entité unique indifférenciée dont les membres seraient, selon les termes d'H. Davtian, équivalents, interchangeableables et en plus disponibles. Force est de constater, que cette vision technocratique, va à l'encontre des réalités contemporaines où les cellules familiales sont de plus en plus éclatées, et les individus de plus en plus seuls et isolés. Il est à noter que la pathologie d'un des membres de la famille, s'avère d'ailleurs souvent un facteur déterminant d'éclatement du noyau familial. Curieusement, cette vision ambulatoire des soins, tend à dramatiser les troubles, lorsqu'ils s'expriment dans l'espace public et, *a contrario*, à les banaliser au cœur du cercle familial. Plusieurs questions essentielles se posent alors sur la compatibilité d'un accueil en famille malgré le ressenti d'une menace venant de l'accueilli. Il s'agit de savoir si on peut accueillir alors que l'on est vécu comme une menace par l'accueilli. La possibilité d'être un accueillant perpétuel, qui plus est sous la contrainte, sous prétexte d'un lien familial, paraît être une situation en réalité intenable. En cela, le texte reste très flou sur le plan de l'organisation des ces soins ambulatoires et sur le rôle de chacun, qui devrait y contribuer. Malgré les réserves déjà formulées en matière de secret médical, la famille et les proches seraient de fait positionnés en auxiliaires des soins. Le nouveau « plan santé mentale » veut d'ailleurs transformer les familles en « aidants familiaux », qui deviendraient eux aussi de fait, des professionnels de la santé. Cette vision occulte totalement le conflit d'intérêt auquel seraient confrontées les familles. A celles-ci, parties prenantes de la souffrance, il serait assigné un rôle de professionnels. Aucun texte ne dit par exemple si l'entourage doit surveiller les allées et venues du malade. Rien ne précise non plus si les proches doivent assurer le gîte et le couvert, et quel est le rôle dévolu à la famille dans le cas où le malade a un logement indépendant. Suivant la logique des pouvoirs publics, le programme de soins devrait alors préciser ce qui relève du rôle des soignants et ce qui est à la charge de l'entourage.

La temporalité jouera également un rôle essentiel dans ce nouveau dispositif. A ce propos, l'étude Mc Arthur<sup>831</sup> montre les particularités concernant les événements violents commis par des patients après une hospitalisation, à la fois d'un point de vue temporo-spatial, mais aussi sur les tiers concernés. La

---

830 XIIIe Rencontres de la CRIIEE, 1 et 2 juin 2012, Reims.

831 APPELBAUM. P, ROBBINS. P, MONAHAN. J, *Violence an delusions: data from the McArthur violence risk assessment study. Psychiatry*, 2000, 157:566-72.

fréquence des épisodes de violence ne se répartit dans le temps de manière uniforme. La période suivant l'hospitalisation est à ce propos la plus sensible. Ainsi, l'essentiel des agressions (60%) commises, ont lieu durant les vingt premières semaines suivant la sortie de l'hôpital. Les victimes des agressions sont le plus souvent connues du patient. Il s'agit dans la moitié des cas de la famille et en particulier du conjoint. Les connaissances ou amis sont également concernés dans un tiers des cas. Il s'agit d'un inconnu seulement dans quatorze pour cent des cas. Les deux tiers des agressions surviennent dans une résidence privée, et ce n'est que dans moins d'un tiers des cas que les actes de violence sont réalisés dans un endroit public. La HAS<sup>832</sup> souligne, une caractéristique commune de la violence du malade mental, vis à vis de l'entourage. Statistiquement, « la victime est le plus souvent un proche qu'il convient de protéger en cas de risque de passage à l'acte violent, au besoin en recourant à une hospitalisation du patient ». La Haute autorité attire de plus l'attention des cliniciens sur le risque d'infanticide, de la part de parents déprimés ou délirants. A l'occasion des soins sans consentement ambulatoires, les soignants doivent donc se préoccuper de la protection des enfants des parents ayant des pensées suicidaires ou des idées délirantes impliquant leurs enfants. Si l'on s'en tient aux statistiques et aux recommandations de la HAS, la souffrance de la famille devra être impérativement prise en compte, avant établissement d'un programme de soins. Il faudra dans ce cas toujours évaluer le groupe des proches, ainsi que les interactions qu'il entretient avec le patient.

L'approche objective de ce sujet doit aussi rendre compte de tous les avis. Ainsi, Y. Hodé, psychiatre à l'hôpital de Rouffach, est l'un des rares praticiens à considérer comme un progrès de pouvoir soigner un patient sans avoir à l'hospitaliser<sup>833</sup>. Il déplorait auparavant qu'il n'y ait pas de « moyen de contraindre un malade à prendre un traitement si ses troubles ne sont pas suffisamment graves, c'est à dire nécessitant des soins immédiats sous surveillance constante ». Dans cette hypothèse, l'hôpital de Rouffach a envisagé de créer une « équipe dédiée » de trois infirmiers qui opérerait sur tout le département, en se rendant au domicile des patients en rupture de traitement. *A contrario* le psychiatre M. Bellahsen explique qu'avant, « la contrainte était un lieu, l'hôpital », et que « maintenant, la contrainte est un état ». Il souligne que toute intrusion dans l'intimité d'une personne, souffrant de troubles psychotiques, est une violence qui peut en engendrer d'autres et le plus souvent envers la personne elle-même. Assimiler le domicile, seul lieu d'intimité, à un lieu possible de privation de liberté, représenterait donc une solution de courte vue. A terme, il ne resterait au patient, dans ce cas là, que la fuite et l'errance comme seul espace de liberté.

Le statut juridique du patient en soins sans consentement ambulatoires est complexe. En effet, la Cour administrative d'appel de Paris<sup>834</sup> a rendu une décision le 20 septembre 2011, annulant un arrêté préfectoral de réintégration d'un patient, en sortie d'essai d'hospitalisation d'office. Dans la situation considérée, le patient en sortie d'essai ne se présentait plus aux visites médicales de contrôle. En réaction, la Préfecture de police a pris un arrêté de maintien au vu d'un certificat médical de carence constatant que l'intéressé ne se présentait plus aux visites. La Cour a considéré que le maintien de l'hospitalisation d'office, au vu d'un certificat médical constatant la carence de l'intéressé à se soumettre aux consultations, était illégal. En l'espèce, l'état de santé du patient n'avait pu être médicalement apprécié, ce qui entachait la procédure d'irrégularité. Bien qu'elle concerne la loi ancienne de 1990, cette jurisprudence permet d'envisager le cas d'une personne en programme de soins sur décision préfectorale, qui cesse de se présenter aux contrôles médicaux. Le psychiatre qui doit faire un certificat médical de maintien de la mesure ne peut établir qu'un certificat médical de carence. Cependant, celui-ci est insuffisant pour établir un arrêté préfectoral de maintien et, dans ce cas, une mainlevée est acquise. Reste à savoir si cette jurisprudence relative à des dispositions de la loi du 27 juin 1990, s'appliquera au régime actuel des personnes en programmes de soins ambulatoires, sur décision du représentant de l'Etat, et par extrapolation aux décisions sur demande d'un tiers.

---

832 Rapport d'orientation de la commission d'audit, dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive, chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur, HAS/Service des bonnes pratiques professionnelles / Mars 2011.

833 SAGET. E, « Faut-il enfermer les fous ? », 14 mars 2011, *L'express.fr*

834 CAA de Paris, 20 septembre 2011, n°10PA02089, inédit au recueil Lebon.

### §3. Un dispositif ambigu d'une grande insécurité juridique.

S. Théron<sup>835</sup>, maître de conférences en droit public, souligne l'ambiguïté de cette modalité de soins. Elle peut être comprise *a priori* comme protectrice en évitant un enfermement systématique, mais elle peut aussi s'entendre comme une mesure de sanction. La personne malade potentiellement dangereuse se voit imposer des soins hors hospitalisation et se trouve dans une « situation *a priori* nouvelle et hybride, à mi-chemin entre méconnaissance de son autonomie et liberté relative ».

L'organisation des programmes de soins ambulatoires comporte des atteintes réelles aux libertés individuelles. La loi, seule capable d'encadrer l'exercice des libertés, n'en définit pas les modalités. Or, les soins sans consentement ambulatoires réalisés au domicile constituent une atteinte aux libertés fondamentales, tout comme les séjours en hospitalisation pendant le programme. Ce dispositif présente de plus un risque potentiel d'engagement de responsabilité pénale, car il est dérogoatoire aux principes de protection, contre l'atteinte à la vie privée<sup>836</sup>. Selon le Code pénal, l'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui « à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et [...] d'amende ». La qualification de violation de domicile selon l'article 432-8 du Code pénal peut être retenue. La personne chargée d'une mission de service public, peut s'introduire ou tenter de s'introduire dans le domicile d'autrui contre son gré, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission. Cependant, elle ne peut le faire que dans les cas strictement prévus par la loi.

#### A. Un dispositif ambigu.

L'instauration de soins sans consentement ambulatoires était supposée combler les carences des anciennes sorties d'essai telles que prévues dans la loi de 1990. Cette législation préexistante prévoyait cependant un suivi pluridisciplinaire par l'équipe de secteur. L'idée des soins ambulatoires sans consentement relève d'une vision assez ancienne. Dès 1995, le psychiatre G. Vidon<sup>837</sup> appelait de ses vœux des «soins obligatoires en ambulatoire (S.O.A.) », dont il précisait les avantages à ses yeux. Il proposait l'instauration d'une commission départementale des soins obligatoires en ambulatoire, pouvant être saisie par la famille, les autorités publiques ou toute personne souhaitant intervenir dans l'intérêt du malade. Le psychiatre destinait alors ce dispositif aux patients maintenus en sortie d'essai, pour s'assurer de leur prise de traitement. Il le réservait également à ceux qu'on ne laisse pas sortir par crainte d'un arrêt de l'observance. Il le destinait enfin aux patients vus en Centre médico-psychologique pour leur prise de traitement.

Dans sa rédaction antérieure, l'article L.3211-11 du CSP disposait que pour favoriser leur guérison, leur réadaptation ou leur réinsertion sociale, les personnes qui avaient fait l'objet d'une hospitalisation d'office, pouvaient bénéficier d'aménagements de leurs conditions de traitement, sous forme de sorties d'essai. Cette sortie comportait une surveillance médicale et un suivi par le secteur psychiatrique compétent. Le programme de soins, censé remplacer les sorties d'essai, a largement bénéficié du soutien de l'Union nationale des amis et familles de malades mentaux (UNAFAM), mais il s'agit cependant d'une réponse très partielle. Cette vision restrictive correspond seulement à la situation de certains patients qui bénéficient d'un fort soutien de leur entourage. Ce nouveau dispositif ne correspond pas à la situation de très nombreux patients dont la pathologie entraîne un isolement social. Pour fonder le dispositif, le législateur a préféré retenir le terme de programme de soins en écartant notamment celui de contrat. Le contrat supposerait un consentement entre deux parties, pour des effets réciproques, ce qui est inconciliable avec des soins non consentis. La prise en charge pouvant comporter des soins à domicile pose également un problème clinique. Cette mainmise sur

---

835 THÉRON. S, *De quelques remarques sur une évolution attendue de la prise en charge de la maladie mentale : l'instauration de soins ambulatoires sans consentement*, Revue de droit sanitaire et social, 2010, p. 1088.

836 Art 226-4 du Code pénal.

837 VIDON. G, *Pour des soins obligatoires en ambulatoire*, Nervure, 1995, p.65-68.

l'espace subjectif du patient est considérée par nombre de praticiens comme un facteur d'aggravation de la psychose. La Commission nationale consultative des droits de l'homme a relevé le contraste dans son dernier avis<sup>838</sup>. Elle souligne le luxe de détails, ayant accompagné la mise en place du contrôle de l'hospitalisation complète, et le flou présidant à l'instauration des soins sans consentement. Quant aux conséquences d'un refus de se prêter au traitement ambulatoire, elles ne sont pas non plus précisées clairement par la loi, et soulignent une nouvelle incompétence négative du législateur.

L'association CRPA avait saisi le Conseil d'État de deux recours, pour excès de pouvoir, contre des décrets accompagnant la loi du 5 juillet 2011. Le juge administratif a finalement renvoyé au Conseil constitutionnel l'article L.3211-2-1 du CSP, qui définit les programmes de soins sans consentement ambulatoires. Dans la décision du 26 novembre 2010, les sages avaient abordé l'administration forcée de soins pour les personnes hospitalisées sans consentement et avaient jugé « qu'une personne atteinte de troubles mentaux qui, soit rendent impossible son consentement alors que son état impose une surveillance constante, [...] soit font que cette personne compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, ne peut s'opposer aux soins médicaux que ces troubles requièrent ». Cependant, les sages précisait que « [...] les garanties encadrant l'hospitalisation sans consentement permettent que l'avis de la personne sur son traitement soit pris en considération [...] ». Le Conseil n'avait statué que sur l'impossibilité pour une personne hospitalisée sans son consentement de refuser le soin, mais seulement après avoir vu « son avis pris en considération ». Le 20 avril 2012, les sages ont précisé leur position sur le régime soins, imposés dans le cadre d'une prise en charge ambulatoire. Le juge constitutionnel a retenu que des personnes peuvent être soumises à « une obligation de soins psychiatriques pouvant comporter [...] des séjours en établissement [...] ». Mais, toujours selon les sages, ces mêmes dispositions n'autorisent pas l'exécution d'une telle obligation sous la contrainte. Les sages précisent même que ces personnes « [...] ne sauraient se voir administrer des soins de manière coercitive [...] ». De plus, ces personnes ne sauraient « [...] être conduites ou maintenues de force, pour accomplir les séjours en établissement prévus par le programme de soins [...] ». Le juge constitutionnel a précisé qu'« aucune mesure de contrainte [...] ne peut être mise en œuvre sans que la prise en charge ait été préalablement transformée en hospitalisation complète [...] ». Ainsi, dans cette décision, le juge constitutionnel a suivi l'argumentation formulée par le Gouvernement, en considérant qu'en dehors de l'hospitalisation complète, les soins administrés par la contrainte et les séjours temporaires en établissement, imposés par la force, n'étaient conformes ni à l'esprit, ni à la lettre de la réforme. Cette obligation de soins, selon les termes du Conseil constitutionnel, « a été conçue pour passer outre l'incapacité du malade à consentir à un protocole de soins, mais non pour briser par la force son éventuel refus de s'y soumettre<sup>839</sup> ». A ce propos, les sages se sont référés aux travaux parlementaires, précisant que le régime des soins psychiatriques ambulatoires permet une obligation de soins, sans toutefois permettre une administration de soins par la contrainte. Ainsi, si la personne ne coopère pas avec le service de soins pour suivre le traitement, il est possible que soit proposé un passage en hospitalisation complète. Cela permettra alors l'administration de soins contraints. Le patient bénéficiera, dans ce cas, du régime de protection systématique par le juge. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a transformé le soin sans consentement en obligation de soins. Il a de plus jugé que l'obligation de soins ne constitue pas une privation de la liberté individuelle. Donc, pour le juge constitutionnel, cette obligation implique seulement une restriction apportée à la liberté personnelle. En conséquence, les sages considèrent qu'en dehors de l'hospitalisation complète sans consentement, mais sans contrainte physique, ces soins ambulatoires ne nécessitent pas les mêmes garanties. Le Conseil constitutionnel a jugé que cette obligation repose sur une conciliation suffisante entre la protection de la santé et la protection de l'ordre public et de la liberté personnelle. Ainsi, sans prononcer de censure, les sages ont adopté une définition de principe, du dispositif de soins sans consentement ambulatoires. Sauf revirement ultérieur des sages, c'est cette définition qu'il convient désormais de retenir.

---

838 CCNDH, avis sur les premiers effets de la réforme des soins psychiatriques sans consentement sur les droits des malades mentaux, adopté en assemblée plénière le 22 mars 2012.

839 CC, décision du 20 avril 2012, n° 2012-235 QPC, commentaire.

L'éclairage des sages excluant la contrainte permet de résoudre les problèmes potentiels d'atteinte à la vie privée des patients, ainsi que les risques professionnels, consécutifs à l'intervention au domicile. Cependant, dans le même temps, il ouvre un large champ d'incertitude, notamment dans la période précédant la ré-hospitalisation, si elle s'avère nécessaire. Précisément, il s'agit d'une obligation de soins à laquelle la personne doit se plier mais qui ne supposerait pas la contrainte. Dans ce cas, il faudrait l'amener vers les soins, mais sans coercition ni usage de la force. En effet, si l'on remet en perspective concrète cette dernière interprétation, plusieurs problèmes se posent. Il faudra en premier lieu se rendre compte de l'état clinique du patient avant de décider une ré-hospitalisation. Ceci paraît difficile si le patient ne se rend pas à ses rendez-vous pour pouvoir bénéficier d'un examen médical ou bien, s'il refuse de recevoir les soignants à son domicile. En supposant cette étape franchie, il s'agira ensuite de transporter le patient à l'hôpital pour une hospitalisation complète, ce qui suppose une contrainte de fait, puisqu'il n'est pas d'accord. Mais dans ce cas, selon d'autres dispositions législatives, cette mission d'acheminement du patient de l'extérieur, voire de son domicile vers l'établissement, doit reposer sur une convention. Selon l'article L.3222-1-2 du CSP issu de la loi du 5 juillet, ces conventions prévoient « les conditions dans lesquelles sont mises en œuvre les décisions par lesquelles le directeur de l'établissement d'accueil ou le représentant de l'Etat modifie la forme de la prise en charge de ces personnes en procédant à leur hospitalisation complète [...] ». C'est donc en contradiction avec l'interprétation des sages que l'article L.3222-1-1 du CSP précise que « les personnes faisant l'objet de soins psychiatriques [...] peuvent être transportées à l'établissement de santé d'accueil, sans leur consentement et lorsque cela est strictement nécessaire, par des moyens adaptés ». Ceci se situe en opposition flagrante avec la décision du 20 avril, précisant que « ces personnes ne sauraient [...] être conduites ou maintenues de force pour accomplir les séjours en établissement ». De plus, un obstacle supplémentaire se pose au regard de l'indication médicale. En effet, « [...] le transport peut avoir lieu seulement après l'établissement du premier certificat médical et la rédaction de la demande de soins », ou « qu'après l'établissement du certificat médical prévu en cas de risque pour l'intégrité du malade ». Ainsi, à l'encontre de la décision des sages, les dispositions non soumises encore au contrôle de constitutionnalité, prévoient bien le transport sans consentement, mais seulement après un premier certificat médical. En outre, selon l'article L.3222-1-1 A du CSP, l'agence régionale de santé doit organiser un dispositif, qui a pour objet de « faire assurer aux personnes atteintes de troubles mentaux, en quelque endroit qu'elles se trouvent, les soins d'urgence appropriés à leur état et, le cas échéant, de faire assurer leur transport vers un établissement de santé [...] ». Le projet de décret non adopté et diffusé au début de l'année 2012, envisageait le transport du patient dans un article R.3222-13, devant figurer au CSP. Ce dernier était transporté « vers l'établissement de santé, par l'équipe soignante, éventuellement escortée par les forces de police ou de gendarmerie [...] ». Il prévoyait de plus, « [...] l'accès au domicile du patient par l'équipe soignante ». Dans ce dernier cas, était prévu un recours à la force publique, « après que l'équipe soignante a tenté d'obtenir l'assentiment du patient d'accéder à son domicile ». La question se pose désormais de satisfaire aux exigences de sécurité juridique formulées par le Conseil d'Etat<sup>840</sup>. En effet, pour le juge administratif, « [...] il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle [...] ». En répondant le 20 avril 2012 à une question ponctuelle, les sages ont donné une définition des soins ambulatoires, mais en même temps ils ont ouvert la voie à une réaction en chaîne, avec d'autres recours potentiels pour excès de pouvoir, assortis de nouvelles QPC.

Avant le 20 avril 2012, cette disposition comportait également d'importants risques professionnels, liés aux interventions des personnels, au domicile de patients, non consentants aux soins. La loi ne prévoit pas de moyens à mettre en place pour assurer la sécurité des usagers, de l'entourage ou des professionnels à l'occasion de ces programmes de soins. Dans nombre de cas, l'exercice du droit de retrait des personnels est probable, conformément aux dispositions relatives à l'hygiène, la sécurité et

---

840 CE, 24 mars 2006, n°2884603, publié au recueil Lebon.

aux conditions de travail en cas de danger grave et imminent<sup>841</sup>. Dans ces situations, la loi dispose que le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. Il peut alors se retirer d'une telle situation. Les personnels soignants seront potentiellement amenés à refuser d'effectuer des visites à domicile, craignant les réactions de patients qui ressentiraient légitimement cette intrusion comme une violence. En effet, si la personne refuse d'ouvrir sa porte rien n'autorise à entrer par effraction. Le personnel n'est pas légalement autorisé et n'a pas la légitimité nécessaire. O. Labouret<sup>842</sup>, psychiatre responsable d'hospitalisation à domicile, a déclaré à ce sujet que son équipe n'interviendrait pas au domicile des patients dans le cadre des « programmes de soins ». Pour ce dernier, nul « garde-fou » judiciaire ne vient encadrer les soins sans consentement ambulatoires ». Ceux-ci sont « contraires à la déontologie médicale, aux droits des patients et plus largement aux libertés fondamentales, telles que le respect de la vie privée, l'inviolabilité du corps humain et la liberté d'aller et venir ». Il rappelle qu'il est au service de l'individu et « dans le respect d'une relation de confiance, soumise au secret médical », en toute indépendance vis à vis de l'administration. Il s'appuie sur les dispositions de l'article L.6143-7 du CSP, selon lequel le directeur exerce son autorité, seulement dans le respect de l'indépendance professionnelle du praticien, dans l'exercice de son art. Selon lui, il n'est « éthiquement pas possible de cautionner une politique sécuritaire qui ne peut que persécuter davantage les patients et aggraver par conséquent leur risque de décompensation et de passage à l'acte ». Enfin, pour la sociologue D. Moreau<sup>843</sup>, « si l'on ne souhaite pas une participation qui ne soit qu'une forme de docilité, alors il faut laisser des espaces et des temps où il est possible de refuser ce qui est proposé ». A côté des considérations éthiques, relatives à la contrainte, développées d'un point de vue strictement pratique, il est aussi possible que les équipes limitent l'utilisation des soins sans consentement ambulatoires par défaut de moyens, face au coût que cela représenterait en temps, en énergie et en effectif.

## **B. Une insécurité juridique.**

Le dispositif des programmes de soins, sans consentement ambulatoire, peut être abordé, par analogie avec l'ancien régime légal des sorties d'essai. En l'occurrence, l'hôpital psychiatrique E. Toulouse de Marseille a été condamné par la Cour administrative d'appel de Marseille<sup>844</sup>. Il a dû indemniser la famille d'un homme tué par un patient en sortie d'essai en 2004. La Cour a contredit le jugement de première instance et retenu que le patient en sortie d'essai reste sous la surveillance et la responsabilité du centre hospitalier. En l'occurrence, ce patient avait déjà fait l'objet d'hospitalisations d'office, après plusieurs actes de violence. Pendant une sortie d'essai, le patient s'est présenté à un rendez-vous de consultation et a refusé l'hospitalisation qu'on lui proposait. Il s'est alors enfui sans que les personnels présents ne puissent le retenir. Pendant la fugue, après plusieurs incidents, il a finalement assassiné un vieil homme. La Cour a retenu que la fuite précipitée de l'enceinte d'un établissement spécialisé, dans le traitement des pathologies psychiatriques, révélait un fonctionnement défectueux du service. Ce fonctionnement était de nature à engager la responsabilité fautive de l'hôpital. Même en sortie d'essai, le patient demeurait sous la surveillance et la responsabilité de l'établissement. Compte tenu des lourds antécédents psychiatriques, il appartenait à l'hôpital de prendre les mesures de surveillance renforcées qu'exigeait l'état du patient. La Cour a précisé que le fait que l'hôpital ait procédé à une visite au domicile du patient, prévenu la direction départementale des affaires sanitaires et sociales et les services de police, ne l'exonère pas de sa responsabilité. La Cour administrative d'appel a retenu la faute de l'établissement, le meurtre étant imputable aux seules défaillances du centre hospitalier, dans la surveillance du patient. Le pourvoi du CH. Edouard Toulouse devant le Conseil d'Etat a été refusé pour un défaut de moyens sérieux. La faute de l'hôpital était suffisamment caractérisée car l'équipe médicale n'avait pas retenu le patient lors de la consultation et le défaut de surveillance était la cause originelle et essentielle de l'acte commis. Dans le contexte actuel des programmes de soins sans

---

841 Art L.4131-2 et L.4132-1 du Code du travail.

842 Lettre d'O. LABOURET, 11 août 2011, [www.collectifpsychiatrie.fr](http://www.collectifpsychiatrie.fr)

843 MOREAU.D, *Quelques enjeux de la contrainte mise en œuvre en soins ambulatoires*, Rhizome n° 42, septembre 2011.

844 CAA de Marseille, 1 octobre 2009, n° 07MA03488.

consentement ambulatoires, cette décision constitue une évolution notable de la jurisprudence relative à la responsabilité des hôpitaux et suscite de fortes interrogations. Les exigences en matière de surveillance, issues de ces décisions, vont être difficiles à concilier avec la vision non coercitive du Conseil constitutionnel, énoncée dans sa décision du 20 avril 2012. Le patient meurtrier a été reconnu pénalement irresponsable. Dans un deuxième temps, un ayant droit de la victime a déposé une plainte pour défaut d'assistance et homicide involontaire. Il a considéré qu'il n'y avait pas seulement un défaut d'organisation dans le service, mais aussi des erreurs de diagnostic et de prise en charge par un psychiatre. Cette dernière a été mise en examen et renvoyée devant le tribunal correctionnel pour homicide involontaire. Selon l'ordonnance de renvoi, la juge d'instruction a conclu que la psychiatre n'avait pas été attentive à l'occasion du suivi, qu'elle avait persévéré dans l'erreur de diagnostic, commis des fautes multiples et caractérisées contribuant au passage à l'acte violent du patient. Le magistrat instructeur s'est appuyé sur les observations des experts amenés à se prononcer depuis 2000, qui avaient posé le diagnostic d'une psychose entraînant un état de dangerosité psychiatrique avéré. Pour la juge d'instruction, aucune mesure particulière de précaution n'avait été prise après les fuites du patient alors qu'il se trouvait toujours sous le coup d'un placement d'office. La psychiatre ne pouvait de plus ignorer le risque d'une particulière gravité auquel était exposé autrui. L'ordonnance de renvoi rappelait que l'enchaînement des événements ayant conduit à l'assassinat résultait des seules décisions inadaptées et des négligences de la psychiatre. Le 18 décembre 2012, le tribunal correctionnel a condamné le Dr Canarelli qui a interjeté appel. Nul doute que l'affaire n'est pas terminée tant les enjeux sont importants. Il est probable que la chambre criminelle de la Cour de cassation ne statuera définitivement que dans quelques années, au vu d'expertises contradictoires qui s'avèrent indispensables. Cela dit, les signaux adressés aux protagonistes sont évidents. Dans un premier temps, le juge administratif a reconnu la faute de défaut de surveillance et condamné l'établissement à indemniser le dommage. La théorie du risque accepté n'a pas été retenue. Les directeurs d'hôpitaux vont donc désormais exercer indirectement une influence sur les décisions des psychiatres de manière à dégager la responsabilité indemnitaire des établissements. Ensuite, les psychiatres savent désormais que les magistrats instructeurs n'hésitent pas à les renvoyer devant les juridictions répressives et à les condamner en mettant en cause l'« exercice de l'art ». De plus, les services de police et le représentant de l'Etat ont été exonérés de poursuite, laissant l'institution psychiatrique seule face à un problème de sécurité publique. En effet, le psychiatre traitant n'est que l'un des éléments de la chaîne décisionnelle, située en amont de la sortie du patient et de l'acte commis par ce dernier. Pourtant, conformément à la loi, ce patient a pu sortir de l'hôpital avec l'avis d'un expert psychiatre sollicité par le Préfet. Il a pu demeurer en « sortie d'essai » grâce à la validation successive des certificats légaux, produits par le psychiatre par les services de l'administration et de la préfecture. Enfin, comme le soulignent les psychiatres Y. Hémerly et I. Montet<sup>845</sup>, « c'est faute de diligence dans les recherches menées par les services d'Etat, qu'il a pu poursuivre sa cavale pendant des jours avant son passage à l'acte ». Ainsi, face à tout patient dont les troubles ont présenté un danger pour la sûreté des personnes, la jurisprudence devra désormais être scrutée avec attention avant toute décision. Tous les praticiens qui voudront s'aventurer, non seulement dans des dispositifs de programmes de soins, avec l'insécurité juridique décrite, mais aussi qui proposeront de mettre un terme aux soins non consentis, sont évidemment concernés. En effet, dans ce dernier cas, leur diagnostic devra être argumenté et le traitement adapté. Le juge semble instruire en l'occurrence le procès d'une forme de « laxisme » et engage les praticiens à des décisions plus collégiales et à une réflexion plus conséquente entre les bénéfices et les risques.

Le programme de soins constitue un dispositif dont la pertinence thérapeutique reste également à démontrer. A titre d'exemple, la notion de « psychiatre participant à la prise en charge » pose notamment question, dans le cas d'un patient suivi par un psychiatre libéral pour trouble bipolaire, à l'occasion du parcours coordonné. S'il se trouve hospitalisé en soins sans consentement pour péril imminent en état maniaque, le psychiatre hospitalier est alors supposé élaborer éventuellement un programme de soins sans consentement ambulatoire. Dans ce cas, il est légitime de s'interroger sur la

---

845 HÉMERY. Y, MONTET. I, « Comment être encore psychiatre aujourd'hui? » SPH info, 19 décembre 2012.



détermination du psychiatre qui « participe à la prise en charge de la personne ». Nous pourrions penser qu'il s'agit du psychiatre traitant qui connaît le patient de longue date. Pourtant, la loi retient seulement le praticien hospitalier qui, dans certains cas, « connaît » seulement le patient depuis soixante-douze heures. Nous ignorons comment s'organiseront les soins si le patient, comme c'est probable, souhaite poursuivre les soins à l'extérieur avec « son » psychiatre libéral. Il s'agit d'autant d'interrogations qui vont surgir au gré des différentes prises en charge et que la loi ne clarifie pas.

Outre l'insécurité juridique déjà évoquée au regard de la Constitution, nous pouvons légitimement nous interroger sur la pertinence de ces dispositions au regard des pratiques antérieures des psychiatres. Dans les faits, cette disposition n'a rien changé à leurs pratiques. Ceux qui utilisaient les sorties d'essai mettaient en place des programmes de soins jusqu'à la décision constitutionnelle d'avril 2012. Ceux qui n'y avaient pas recours avant la loi du 5 juillet n'utilisent pas plus les programmes de soins aujourd'hui. En effet, nombre d'entre eux considèrent que les soins sans consentement et les soins ambulatoires sont incompatibles par définition. C'est d'ailleurs pour cette raison que les sorties d'essai, prévues par la loi de 1990, dont nous avons vu qu'elles présentaient déjà les garanties de prises en charge, ont été très peu utilisées, sauf dans quelques cas particuliers. Nous pouvons également nous interroger sur la vision de l'exécutif. Celui-ci demandait il y a peu aux préfets, de limiter les sorties d'essai<sup>846</sup> et il souhaite aujourd'hui les généraliser, sous la forme de soins sans consentement ambulatoires. La problématique des responsabilités engagées, non envisagée par la loi, jouera sans doute un rôle déterminant dans la mise en œuvre de ces dispositions. Enfin, un risque majeur réside dans la « fuite » potentielle des patients refusant les intrusions dans leur intimité. De graves décompensations cliniques sont à craindre, avec à terme un effet contraire aux buts recherchés. On ne peut exclure des faits de délinquance, induits par la désinsertion sanitaire et sociale, liée à des programmes intrusifs. De plus, la contrainte est une situation d'exception qui a vocation à cesser au plutôt. Nous pouvons légitimement nous interroger sur la place laissée dans ce dispositif, pour la recherche du consentement du patient, et sur le risque d'installation, d'un processus au long cours.

Selon S. Théron<sup>847</sup>, dans une réflexion antérieure à la décision des sages, les soins sans consentement ambulatoires peuvent correspondre à un rejet des politiques psychiatriques basées sur une vision asilaire d'enfermement, mais cela introduit *a contrario* une nouvelle modalité de soins forcés. Soigner en ambulatoire un patient sans son consentement pose la question du régime juridique qui pourra lui être appliqué. Les soins ambulatoires sans consentement reposent, en effet, sur un double postulat. Pour leurs promoteurs, ils se fondent à la fois sur une part de discernement du patient et sur la menace de ré-hospitalisation, en cas de manquement de ce dernier, à ses obligations de soins. Cette approche est inscrite à l'article L.3211-11 alinéa 2 du CSP, qui prévoit la réintégration en hospitalisation complète lorsque le patient ne respecte plus le programme de soins. L'Union syndicale des psychiatres<sup>848</sup> analyse la décision du Conseil constitutionnel du 20 avril 2012, comme une assimilation du programme de soins à une obligation de soins, qui ne peut s'exercer sous la contrainte. Le programme de soins serait une obligation pour des personnes dont les troubles mentaux rendent le consentement impossible, mais sans que ces soins ne puissent être administrés de manière coercitive. Le Conseil Constitutionnel a effectivement repris les observations du Premier ministre, affirmant que le programme de soins constituait « une invitation non coercitive » à s'y conformer. L'enfermement en hospitalisation complète, seule contrainte digne de ce nom, ne doit intervenir que si le patient ne répond pas à cette « invitation ». En cela, les soins ambulatoires sans consentement semblent répondre à la définition du sociologue québécois M. Otero. S'ils constituent un dispositif qui n'est ni autoritaire, ni libéral, ils sont emblématiques de l'action publique<sup>849</sup>. Il ne s'agit plus de contenir la déviance en excluant certains groupes de manière coercitive, mais de reconnaître au patient un certain degré d'autonomie. Le patient

---

846 Ministère de la santé et des sports / Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, circulaire du 11 janvier 2010 : Modalités d'application de l'article 3211-11 du code de la santé publique, hospitalisation d'office, sorties d'essai.

847 THÉRON. S, *De quelques remarques sur une évolution attendue de la prise en charge de la maladie mentale : l'instauration de soins ambulatoires sans consentement*. Revue de droit sanitaire et social 2010, p. 1088.

848 Communiqué de l'USP du 24 avril 2012 : « Le chantage à l'enfermement est constitutionnel ! ».

849 OTERO. M, *Santé mentale, adaptation sociale et individualité*, Cahiers de recherche sociologique, n° 41-42, 2005. 65.

peut opérer des choix, mais dans certaines limites. Ceux ci doivent répondre aux exigences de normalité édictées par le corps social. En cela, la loi du 5 juillet 2011 est révélatrice de la « société post disciplinaire de contrôle » décrite par M. Foucault<sup>850</sup>. Nous pouvons y retrouver également, les ressorts de la « panoptique », comme modèle de surveillance théorisé par Bentham. Les mécanismes de prise en charge des anormalités ne relèvent plus, *a priori*, d'un redressement autoritaire ni de l'exclusion systématique de la vie sociale. A ce titre, les soins sans consentement ambulatoires relèvent de la multiplication de mécanismes plus subtils de correction souples et multiformes<sup>851</sup>. Sous une apparence de respect des libertés individuelles, la logique induite viserait à les aligner en conformité avec des normes sociales explicites ou implicites<sup>852</sup>. Les psychiatres ont ainsi redouté d'être assignés à une mission de régulation politique avec une caution biologique<sup>853</sup>. Selon eux, suite à la décision des sages, confirmant celle du Gouvernement, il n'y aurait donc qu'une contrainte physique. En revanche, la menace d'une ré-hospitalisation complète en cas d'inobservance ne constituerait pas une contrainte. Les psychiatres constatent que le chantage deviendrait alors la règle des soins psychiatriques. Certes, il n'y a pas de contrainte, mais quiconque ne respecte pas son programme de soins serait ré-enfermé. Les soins psychiatriques sans consentement ambulatoires se verraient englobés dans un maillage médico-administratif, permettant d'exercer une surveillance large jusqu'au domicile. Indépendamment des limites pratiques et juridiques, le fait que les soins sans consentement puissent avoir lieu au domicile illustre l'atteinte démocratique décrite précédemment et qui ne distingue plus les espaces privés. Ainsi, comme le souligne S. Théron<sup>854</sup>, la frontière avec l'obligation de soins paraît ténue et « la séparation entre justice, délinquance et psychiatrie devient poreuse ».

La décision de la Cour administrative d'appel de Paris de 2011<sup>855</sup>, évoquée précédemment, concerne les dispositions législatives antérieures relatives aux sorties d'essai. En l'occurrence, le préfet de police contestait un jugement du Tribunal administratif<sup>856</sup> annulant un maintien d'hospitalisation d'office. En l'espèce, à l'occasion des sorties d'essai, le patient devait impérativement se présenter une fois par semaine en consultation. Au bout d'un certain temps, le patient ne se présentait plus. La Cour a retenu qu'au vu de « son objet, de sa nature et de ses effets, le maintien d'une mesure d'hospitalisation d'office ne peut être décidé par le représentant de l'État [...] qu'après qu'un psychiatre a apprécié l'état de santé de la personne concernée et rendu un avis motivé sur sa nécessité ». Au vu de la décision d'appel, le maintien d'une mesure d'hospitalisation d'office ne peut être décidé, qu'après qu'un psychiatre a apprécié l'état de santé de la personne. Il doit rendre à cette fin un avis motivé sur sa nécessité. Le maintien de l'hospitalisation d'office au vu d'un certificat constatant seulement la carence de l'intéressé à se présenter aux consultations entachait la procédure d'irrégularité. La Cour a validé l'annulation de la mesure prononcée en première instance. Il est possible d'en tirer des enseignements en situation de carence. Si la personne en soins sans consentement sur décision préfectorale, ne se présente pas aux rendez-vous prévus par son programme de soins, et si son psychiatre hospitalier établit un certificat médical, ce certificat ne peut pas servir à un nouvel arrêté de maintien en soins. La mesure devient alors caduque et entraîne la mainlevée automatique. Il reste maintenant à vérifier, au vu de la dernière définition donnée par le Conseil constitutionnel, si cette jurisprudence s'appliquerait au régime actuel similaire des programmes de soins sans consentement ambulatoires, sur décision du représentant de l'État.

---

850 FOUCAULT. M, *La société disciplinaire en crise*, Gallimard, 2001, p. 532.

851 RAZAC. O, *Avec Foucault, après Foucault : disséquer la société de contrôle*, éd L'Harmattan, 2008.

852 OTERO. M, *Les règles de l'individualité contemporaine*, Santé mentale et société, Les Presses de l'Université, Laval, Québec,

853 COUTURIER. M, *La réforme des soins psychiatriques sans consentement : de la psychiatrie disciplinaire à la psychiatrie de contrôle*, *Revue de droit sanitaire et social* 2012, p. 97.

854 THÉRON. S, *De quelques remarques sur une évolution attendue de la prise en charge de la maladie mentale : l'instauration de soins ambulatoires sans consentement*, *Revue de droit sanitaire et social* 2010, p. 1088.

855 CAA Paris, 20 septembre 2011, n°10PA02089.

856 TA de Paris, 2 mars 2010, n° 0708956/3-1.

## SECTION 2. LES RESTRICTIONS PARTICULIÈRES DE LIBERTÉ ET LE PRINCIPE DE DIGNITÉ.

Il est difficile d'affirmer que la dignité constitue un des fondements de soins, imposés aux personnes hospitalisées sous contrainte. En revanche, la loi érige désormais explicitement la dignité comme un standard de comportement à l'égard de toute personne hospitalisée, quelle qu'en soit la raison. Si la dignité peut être considérée comme une qualité à laquelle chacun ne pourrait renoncer, elle constitue un principe obligeant tout un chacun à respecter l'humanité intrinsèque à tout être humain. A partir de cette hypothèse, il ne peut y avoir d'exception et le principe de dignité doit être aussi retenu pour les soins contraints aux malades mentaux. Cependant, les principes fondant la dignité sont limités par une nécessaire conciliation avec d'autres droits, eux aussi de valeur constitutionnelle. En effet, si la dignité humaine n'est pas aliénable, il peut être nécessaire en dernier recours de faire prévaloir la protection du patient sur son droit à la dignité. Dans le contexte des soins psychiatriques, la prise en compte de la dignité pose une interrogation persistante sur la distinction entre contrainte aux soins et contrainte dans le soin. Si la contrainte réside dans l'obligation des soins qui accompagne l'hospitalisation sans consentement, c'est à dire essentiellement la prise d'un traitement médicamenteux, elle se caractérise également, par toutes les mesures de restriction de liberté de mouvement. Cela va de la limitation à la liberté d'aller et venir au sein d'un bâtiment jusqu'à la chambre d'isolement et à l'extrême au recours à la contention physique. La contention et l'isolement constituent donc des restrictions particulières de liberté nécessitant un examen spécifique. De la même façon, les situations relatives aux séjours en unités pour malades difficiles, ou liées à une déclaration d'irresponsabilité pénale, constituent une thématique prêtant à examen et analyse. Enfin, il restera à aborder un domaine particulier très sensible relatif à la confidentialité des informations concernant les malades mentaux.

### §1. Contention et isolement : des restrictions exceptionnelles de libertés mal encadrées.

Certains défendent l'idée que l'isolement ou la contention sont des pratiques avant tout sécuritaires, évitables si l'on dispose des moyens techniques et humains nécessaires. D'autres soutiennent que l'isolement est une nécessité thérapeutique avec des effets bénéfiques pour le patient. Les deux points de vue peuvent être validés ou invalidés selon les circonstances. Les progrès scientifiques aidant et en particulier l'arrivée des psychotropes ont permis l'abandon de la camisole physique. Le placement libre est devenu la règle et le placement d'office l'exception, ce qui a évidemment transformé les conditions d'hébergement. Cependant, les troubles mentaux peuvent toujours occasionner des périodes de crise et d'agitation. Certaines précautions dans la conception des lieux et dans l'utilisation des matériaux sont donc toujours nécessaires pour la prise en charge des pathologies mentales. Il faut saluer, à ce propos, l'initiative du CHS G. Marchant de Toulouse<sup>857</sup> qui a créé un espace conçu et réalisé par les soignants comme alternatif à la chambre d'isolement. Il s'agit d'un lieu d'apaisement dont l'atmosphère est créée par l'harmonie des couleurs et une ambiance musicale. Cet équipement, ouvert depuis janvier 2012, a vu une centaine de séances de prises en charge par les soignants, permettant d'éviter le recours à la chambre d'isolement.

L'OMS décourage l'usage de la contrainte physique et de l'internement d'office dans les établissements de santé mentale. A ce propos, le manque de ressources ne peut constituer un justificatif pour l'organisation des soins avec contention. De même, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants<sup>858</sup> rappelle que la mise en chambre d'isolement (MCI) et la contention sont des mesures extrêmes qui peuvent être prises seulement « afin de faire face à un risque imminent de blessures ou un état de violence aiguë ». Le Comité rappelle d'ailleurs que chaque MCI ou recours à la contention doit être prescrit par un médecin. Il faut, à ce propos, impérativement « éviter que le personnel soignant ait une autorisation générale du médecin d'utiliser

857 FRITSCH. D, *L'espace d'apaisement remplace la chambre d'isolement*, 06/08/12, <http://prevention.sham.fr>

858 Conseil de l'Europe, rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 28 novembre au 10 décembre 2010, paragraphes 172 et 174.

ces moyens en cas de nécessité ». Tous les autres moyens appropriés alternatifs doivent être tentés avant d'avoir recours à ces mesures. Le CPT recommande aux autorités françaises, de veiller à ce que les protocoles de MCI et contention soient revus dans tous les établissements ou services de psychiatrie y ayant recours. A cette occasion, la révision des protocoles doit donner lieu à l'élaboration de consignes écrites sur la procédure à suivre, les fiches à remplir et les renseignements qui doivent y figurer. Le CPT appelle les autorités françaises à mettre en œuvre sa recommandation ancienne, commune à celle du Contrôleur des libertés. Elle vise à ce que tout recours à l'isolement et à la contention mécanique soit consigné dans un registre spécial dans chaque service. Une Résolution de l'ONU de 1991<sup>859</sup> prévoit d'ailleurs que « la contrainte physique ou l'isolement d'office du patient ne doivent être utilisés que conformément aux méthodes officiellement approuvées du service de santé mentale ». Cette utilisation est possible « uniquement si ce sont les seuls moyens de prévenir un dommage immédiat ou imminent au patient ou à autrui ». Enfin, « le recours à ces mesures ne doit durer que le temps strictement nécessaire à cet effet ». La résolution prescrit de motiver les raisons, leur nature et leur étendue et de les mentionner dans le dossier du patient. Le patient soumis à la contrainte physique ou à l'isolement d'office « doit bénéficier de conditions humaines et être soigné et régulièrement et étroitement surveillé par un personnel qualifié ». Le cas échéant, le représentant légal doit être avisé sans retard de toute mesure de contrainte physique ou d'isolement d'office. Enfin, la Circulaire Veil de 1993<sup>860</sup> précise que le patient malade mental dispose de droits parmi lesquels « [...] figure celui d'aller et venir librement à l'intérieur de l'établissement où ils sont soignés ; cette liberté fondamentale ne peut donc pas être remise en cause s'agissant de personnes qui ont elles-mêmes consenti à recevoir des soins psychiatriques. [...] ». Toutefois en cas d'urgence, il peut être possible d'isoler pour des raisons tenant à sa sécurité un malade quelques heures en attendant, soit la résolution de la situation d'urgence, soit la transformation de son régime d'hospitalisation en un régime d'hospitalisation sous contrainte [...] ». Un rapport du Sénat récent rappelle enfin qu'aucune étude ne permet de mesurer l'intérêt thérapeutique de l'isolement et de la contention pour les personnes atteintes de troubles mentaux. Sans effet thérapeutique prouvé, elles doivent alors s'interpréter comme des mesures de police. Leur usage doit être limité à ce qui est strictement nécessaire pour empêcher les malades d'être dangereux pour les autres et pour eux-mêmes<sup>861</sup>.

Concrètement et toutes précautions requises, la contrainte face aux troubles mentaux peut parfois nécessiter des mesures particulières d'isolement et de contention. La restriction de liberté est alors différente selon que le patient peut aller et venir à sa guise au sein de l'unité ou s'il est placé en isolement. *A fortiori*, la situation est d'autant plus délicate s'il fait l'objet d'une contention mécanique entravant ses mouvements. Aux Etats-Unis, en Grande-Bretagne<sup>862</sup>, en Allemagne<sup>863</sup>, au Canada, en Belgique, aux Pays-Bas et en Russie, ce sont des textes de lois précis qui encadrent l'utilisation de l'isolement et de la contention. En revanche, il est possible en France d'isoler et d'attacher un patient sans aucun contrôle prévu par la loi, ni *a priori*, ni *a posteriori*. Cette pratique s'avère contraire à l'article 7 de la DDHC, disposant que nul ne peut être détenu que dans les cas déterminés par la loi. A l'évidence, toute pratique d'isolement ou de contention apparaît comme illégale, sauf à considérer que l'hospitalisation sous contrainte implique un isolement et une contention systématiques.

Les lois de 1838, de 1990, et enfin de 2011 ont prévu dans quelles conditions un patient souffrant de troubles mentaux devait être retenu contre sa volonté. Aucune n'a prévu celles dans lesquelles ce même patient devait être isolé ou physiquement contenu. A ce jour, l'isolement fait seulement l'objet de

---

859 Résolution 46/119 de L'ONU en 1991, principe 11.

860 Circulaire n° 48 DGS/SP3 du 19 juillet 1993 (Circulaire Veil) portant sur le rappel des principes relatifs à l'accueil et aux modalités de séjours des malades hospitalisés pour troubles mentaux.

861 Rapport d'information n° 249, relatif à la prise en charge psychiatrique des personnes atteintes de troubles mentaux, Alain MILON, sénateur, commission des affaires sociales, 19 décembre 2012.

862 Acte de Santé mentale de 1983.

863 Loi concernant les malades mentaux du 20 mars 1985 (abrogée).

plusieurs recommandations de la HAS<sup>864</sup>, ponctuellement reprises par le Contrôleur des libertés. Quant à la contention, elle fait l'objet de recommandations, mais seulement pour les personnes âgées accueillies en institutions d'hébergement<sup>865</sup>. La loi reste très évasive à ce sujet, elle indique seulement que « les restrictions à l'exercice des libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis<sup>866</sup> ». Elle précise ensuite qu'« un protocole thérapeutique pratiqué en psychiatrie ne peut être mis en œuvre que dans le strict respect des règles déontologiques et éthiques en vigueur<sup>867</sup> », sans préciser ce contenu éthique et déontologique. Il existe cependant des références de sources variables en la matière. A titre indicatif, le cahier des charges qualitatif de l'hospitalisation à plein temps en psychiatrie 2003 constitue une contribution spécifique de référence qui est issue des acteurs institutionnels de la psychiatrie. En revanche, les seules dispositions réglementaires<sup>868</sup> existantes sont très pauvres. Elles se résument à une seule phrase relative aux soins infirmiers selon laquelle « l'infirmier ou l'infirmière accomplit les actes et soins suivants : surveillance des personnes en chambre d'isolement ». L'ANAES/HAS<sup>869</sup> précise que la contention consiste à restreindre ou maîtriser les mouvements d'un patient par un dispositif, soit fixé sur un lit ou un siège, soit mobile comme une camisole de force. L'isolement est réalisé lorsque tout patient dans une chambre dont la porte est verrouillée est séparé de l'équipe de soins et des autres patients et se trouve de ce fait en isolement. Lors de l'audit clinique de 1998, l'HAS constatait également que l'isolement thérapeutique était absent des traités de psychiatrie tout comme de l'enseignement du Diplôme d'Études Supérieures (DES) de psychiatrie. Cette thématique n'était pas plus abordée dans les Instituts de Formation en Soins Infirmiers (IFSI), ni dans les Instituts de Formation de Cadres de Santé (IFCS). Il en est toujours ainsi à ce jour et la formation pratique est éventuellement assurée à l'intérieur des unités de soins. L'ANAES/HAS constate que l'isolement résulte d'une démarche empirique. Elle est largement reconnue des professionnels, mais elle ne trouve pas sa place dans les actes de soins, permettant de mesurer l'activité d'un service de psychiatrie publique. La Haute autorité rappelle enfin, que cet isolement ne peut être qu'à but thérapeutique, conformément à la mission de soin des établissements de santé. La nécessité de préciser que l'isolement ne doit pas être une punition est impérative car les comportements de certains patients peuvent conduire à des mesures punitives. La position de la Haute autorité de santé est cependant paradoxale à ce sujet, car elle prévoit d'un côté des recommandations de bonnes pratiques, en matière d'isolement, sans toutefois les assortir d'un critère spécifique de contrôle à l'occasion de la certification. La circulaire du 19 juillet 1993, rédigée par S. Veil, ministre de la santé, faisait suite à des événements tragiques dont ont été victimes certains patients. C'est encore aujourd'hui le seul texte émanant du pouvoir exécutif relatif à ces pratiques. Selon ce texte on peut considérer que l'utilisation de l'isolement thérapeutique représente un processus de soin complexe. Il est justifié par une situation clinique initiale, qui se prolonge jusqu'à l'obtention d'un résultat clinique. Cela comprend la prescription, l'accompagnement du patient, la délivrance de soins et la surveillance réalisés par les différents professionnels d'une équipe de soins. Les contre-indications ont été envisagées pour éliminer l'utilisation de l'isolement dans un but non thérapeutique et pour éliminer les affections organiques. Dans une décision étudiée précédemment, la Cour de cassation<sup>870</sup> a exclu la contention pour les malades mentaux présentant un risque suicidaire. La Cour a jugé que la contention serait dans ce cas excessive au regard de la protection de la dignité humaine.

Ces mesures graves de restrictions de liberté nécessiteraient des dispositions législatives précises et exigeantes au regard de l'article 34 de la Constitution et des garanties fondamentales accordées aux

---

864 L'audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie, ANAES / Service Évaluation en Établissements de Santé, juin 1998 ; « L'agitation en urgence », conférence de consensus, décembre 2002 ; Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et de sécurité, conférence de consensus, ANAES et FHF, 24 et 25 novembre 2004.

865 Limiter les risques de contention physique de la personne âgée, ANAES, octobre 2000.

866 Art L.3211-3 du CSP.

867 Art L.3211-4 du CSP.

868 Art R.4311-6 du CSP.

869 Evaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé. Audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie, ANAES, juin 1998.

870 Cass, 1<sup>er</sup> ch. Civ, 13 décembre 2012, n°11-27616.

citoyens pour l'exercice des libertés publiques. En effet, par comparaison, la loi pénale<sup>871</sup> prévoit que « [...] les mesures de contraintes dont (la) personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent de plus être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité [...] et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ». Précisément, l'utilisation de menottes et entraves à l'occasion de la procédure pénale est strictement encadrée par la loi<sup>872</sup>. Le CPT considère pour sa part, que « si exceptionnellement des moyens de contention physique sont appliqués, ceux-ci doivent être ôtés dès que possible; ils ne doivent jamais être appliqués, ni leur application être prolongée, à titre de sanction ». En résumé, il appartenait au législateur de définir les circonstances exceptionnelles dans lesquelles ces procédures sont autorisées dans le champ sanitaire, et veiller à ce que la contrainte physique et l'internement d'office ne soient utilisés que comme des procédures de dernier recours. La législation devrait de plus explicitement interdire l'usage de contrainte physique et d'isolement comme forme de punition. Enfin, si l'utilisation de la contention et de l'isolement sont ponctuellement possibles à l'occasion de l'hospitalisation libre, il convient dans ces cas là de s'interroger sur la situation juridique du patient et de la rendre conforme à au regard du principe de consentement. Dans ce sens, le Syndicat de la magistrature<sup>873</sup> a demandé de nouvelles garanties, lors du recours à des mesures gravement attentatoires aux libertés, telles que la contention et la mise à l'isolement.

Le juge administratif peut exercer un contrôle de proportionnalité du recours à la contention<sup>874</sup>. Selon une décision de la Cour administrative d'appel de Nantes, le non recours à la contention peut engager la responsabilité de l'établissement public de santé si ce traitement est seul à même d'assurer la protection du patient et des tiers<sup>875</sup>. Inversement, mais selon un raisonnement similaire, la Cour administrative d'appel de Douai a réservé la contention aux personnes présentant un risque majeur d'atteinte à leur personne ou à celle des autres<sup>876</sup>. La Cour administrative d'appel de Marseille<sup>877</sup> a indiqué que la contention ne doit être utilisée qu'en dernier recours et après avoir usé de la parole, utilisé la pharmacopée et enfin l'isolement. Ces trois décisions illustrent bien la nécessité de recourir à ces techniques, seulement après une réflexion entre les bénéfices attendus et les risques encourus. L'isolement ne fait toutefois pas l'objet de la même approche que la contention dont nous avons vu qu'elle faisait l'objet de plusieurs jurisprudences. Si la mesure d'isolement relève du champ disciplinaire en droit pénal et pénitentiaire, elle se rattache seulement à une nécessité thérapeutique en droit de la santé mentale. Jusqu'à ce jour, le juge judiciaire n'a pas condamné un établissement de santé qui placerait en isolement un patient parce que cette mesure porterait atteinte aux libertés individuelles. C'est toujours la logique de l'article 8 de l'ordonnance du 18 décembre 1839, portant règlement sur les établissements publics et privés consacrés aux aliénés qui prévaut. Celui-ci indiquait que « le service médical, en tout ce qui concerne le régime physique et moral, ainsi que la police médicale et personnelle des aliénés, est placé sous l'autorité du médecin, dans les limites du règlement de service intérieur ». L'isolement ou la contention d'un malade mental hospitalisé sous contrainte devrait avant tout être réglementé parce que la Constitution garantit à tout citoyen le droit de ne pas être détenu arbitrairement. Dans les faits, l'absence persistante d'encadrement législatif renvoie toujours l'isolement à une question d'éthique médicale, alors qu'il s'agit avant tout d'une question de droit constitutionnel. Une évolution est toutefois intervenue suite à une décision du Conseil d'Etat<sup>878</sup>, qui a qualifié récemment les recommandations de la HAS de règles juridiques. Elles permettent désormais « [...] d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques ». Elles doivent donc « être regardées

---

871 Art préliminaire du Code de procédure pénale.

872 Art 803 du Code de procédure pénale.

873 Motion pour une nouvelle approche des soins contraints. En finir avec l'empreinte sécuritaire et privilégier la protection des malades. Congrès du Syndicat de la magistrature. 24 -25 novembre 2012.

874 CAA de Bordeaux, 10 mars 2009, n°08BX00181, Mme Marie Thérèse X.

875 CAA de Nantes, 25 janvier 1995, n°92NT00651, Mme Y.

876 CAA de Douai, 13 juin 2006, n°05DA01282, Mme Y.

877 CAA de Marseille, 25 janvier 2007, n°05MA01245, Mme X.

878 CE, 12 octobre 2009, n°322784, mentionné aux tables du recueil Lebon.

comme des décisions faisant grief, susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir<sup>879</sup> ». Faute de normes législatives ou réglementaires effectives, cette reconnaissance des recommandations par le juge administratif leur donne une force juridique supplémentaire. Le processus de certification des établissements et la pratique exigible prioritaire relative à la gestion des restrictions de libertés<sup>880</sup>, devraient donc jouer désormais un rôle croissant.

La tendance à l'augmentation des mesures de contention, dans les services de psychiatrie, préoccupe les responsables qualité des établissements. Ils s'en sont ouverts lors de la conférence-débat organisée en 2011 par leur association nationale (ANRQPsy)<sup>881</sup>. En effet, la procédure obligatoire de certification a rendu incontournable le recrutement de qualifiés et, par voie de conséquence, l'élaboration de procédures qualité. De plus, une pratique exigible prioritaire (PEP) relative à la promotion du respect des libertés individuelles et à la gestion des mesures de restriction de liberté, a été ajoutée au manuel de certification. Cependant, lors de la conférence en question, les représentants des usagers ont notamment témoigné d'une montée en puissance, des pratiques de contention. Le risque consiste donc, sous couvert de qualité, à en rester au stade de l'audit clinique et des recommandations et de pérenniser et de légitimer des pratiques qui sont sujettes à caution. Comme le préconisent certains professionnels, tout isolement devrait être dans un premier temps systématiquement signalé au chef de l'établissement. Dans un deuxième temps, la situation devrait être signalée, soit à la Commission Départementale des Soins Psychiatriques, soit au juge judiciaire. A l'évidence, la nécessité de concilier les nécessités thérapeutiques et le droit à la sûreté imposerait des procédures et un contrôle spécifique. Ceci permettrait de s'assurer que seules les nécessités de prise en charge thérapeutique sont à l'origine de l'isolement ou de la contention.

## **§2. Irresponsabilité pénale et antécédents de séjour en UMD : un droit à l'oubli relatif.**

A l'origine, la loi sur les soins sans consentement en psychiatrie prévoyait une procédure de contrôle renforcée pour les patients considérés à risque et potentiellement dangereux. Précisément, pour toute décision de modification ou de fin de prise en charge, un avis supplémentaire était nécessaire en cas d'antécédents d'irresponsabilité pénale ou de séjour en unité pour malades difficiles (UMD). Cette procédure renforcée ne devait s'appliquer que quand la mesure avait pris fin depuis moins de dix ans. Cette dernière disposition a été introduite dans la discussion parlementaire et qualifiée de « droit à l'oubli ». L'article 3211-12-II du CSP, disposait que le juge des libertés et de la détention ne pouvait statuer qu'après avoir recueilli l'avis d'un collège lorsque la personne faisait, ou avait fait l'objet, depuis moins de dix ans d'un séjour en UMD. Dans ce cas, le juge pouvait décider la mainlevée de la mesure, seulement après avoir recueilli deux expertises, établies par deux psychiatres inscrits sur les listes, préalablement arrêtées auprès du procureur de la République. Il appartenait au juge de fixer les délais dans lesquels l'avis du collège et les deux expertises prévues devaient être produits dans une limite maximale fixée par voie réglementaire. A l'origine, le législateur imposait au juge judiciaire, le recours à deux expertises. Cette disposition se trouvait en contradiction, avec l'exigence d'indépendance de l'autorité judiciaire. Il appartient en effet, au seul juge, de pouvoir ordonner en toute indépendance, la fin d'une hospitalisation sous contrainte, si les conditions légales ne sont pas remplies. C'est notamment le cas au regard des délais impartis ou si les formes de l'hospitalisation n'ont pas été respectées. Le juge judiciaire est, par définition indépendant, selon l'article 64 de la Constitution, et à ce titre il ne peut pas se voir imposer le recours aux expertises. Ceci s'avère d'autant plus vrai si le juge se voit imposer deux experts obligatoirement inscrits sur une liste prédéterminée. Dans le cadre de son indépendance, le juge doit pouvoir, en effet, recourir aux experts de son choix. La loi organisait ainsi une différence pour les personnes qui ont séjourné en UMD. Le texte se trouvait en contradiction, avec les dispositions de la DDHC et de la Constitution, selon lesquels les citoyens sont égaux devant la loi.

---

879 CE, 27 avril 2011, n° 334396, *Association pour une formation médicale*, publié au recueil Lebon.

880 Manuel de certification de l'HAS, critère 10e, 2010.

881 « Droits des patients en psychiatrie: la démarche qualité confrontée à la montée de la contention », (APM) Vendredi 9 décembre 2011.

Le placement en unité pour malades difficiles ne fait pas l'objet d'une procédure particulière prévue par le législateur. Après vérification, certains professionnels de santé ont d'ailleurs signalé que les critères d'admission variaient d'une UMD à l'autre. A ce propos, le CPT<sup>882</sup> a relevé que l'hospitalisation en UMD était décidée par l'autorité publique, simplement à la demande d'un psychiatre participant à la prise en charge. L'accord du psychiatre responsable de l'UMD de destination était ensuite requis. Pour le Comité, il convenait donc « de prendre les dispositions qui s'imposent afin que l'admission en UMD s'effectue sur des critères clairement définis et uniformisés ». Pendant sa visite en 2010, la délégation du CPT a appris, de plus, que certains patients restaient dans l'UMD de manière prolongée, moins en raison de leur état clinique qu'en l'absence de structures adaptées à leur condition. Logiquement, le CPT a souhaité recevoir des précisions sur les mesures prises visant à réglementer le placement dans de telles structures. Le placement en UMD qui durcit pourtant considérablement, la procédure de mainlevée, relève toujours d'une mesure administrative. Le transfert d'un patient en UMD relève d'une simple décision interne des établissements, appliquée sans que la personne n'ait pu faire valoir des observations, ni ses moyens de défense. Le placement en UMD constitue également une privation particulière de liberté. En cela, il ne répond pas aux dispositions relatives à l'égalité du traitement des citoyens devant la loi, prévues par la DDHC et la Constitution.

L'admission en UMD est contestable, mais il en va de même du maintien et des décisions de sorties. J-M. Delarue, contrôleur général des lieux de privation de liberté, propose de définir une nouvelle procédure, impliquant les agences régionales de santé, dans les sorties des patients des unités pour malades difficiles, ceci afin d'éviter les séjours injustifiés. Dans un avis<sup>883</sup> daté du 17 janvier 2013, le Contrôleur explique que des maintiens injustifiés dans ces unités existent en raison de procédures de sortie définies dans le Code de la santé publique, mais qui restent « lettre morte ». Lors d'un point presse<sup>884</sup>, J-M. Delarue a expliqué qu'il avait signalé ces situations, à plusieurs reprises, aux ministres de la santé en poste, en mars 2011 et en juin 2012. En l'absence de réponses, il a donc pris la décision de rédiger un avis publié au Journal officiel. Cet avis rappelle que le droit fondamental selon lequel nul ne peut être arbitrairement privé de liberté, s'applique aux personnes atteintes de troubles mentaux. Il est rappelé ici la jurisprudence *Winterwerp c/ Pays-Bas* de la CEDH. Toujours selon la CEDH, et notamment l'arrêt *H.L. c/ Royaume-Uni*, les malades mentaux ne peuvent être privées de liberté qu'à trois conditions cumulatives. La maladie doit être indiscutable, le trouble mental doit être tel qu'il nécessite un internement, et enfin l'internement ne peut se prolonger valablement sans la persistance du trouble. Le respect des droits fondamentaux porte également sur les moyens mis en œuvre lors de l'internement. Ces moyens doivent être proportionnés au danger identifié. Un placement inutile et contraint dans un établissement particulier « pour un état du patient qui ne le requiert pas », constitue une atteinte aux droits fondamentaux et à la dignité. Le Contrôleur exerce, à ce propos, un parallèle avec le raisonnement retenu par le juge interne dans le contexte pénitentiaire. Conformément à la position du Conseil d'Etat<sup>885</sup>, le juge contrôle le transfèrement d'un établissement à l'autre « eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus ». Par analogie, le Contrôleur relève qu'« il convient d'être attentif à la nature et aux effets de l'installation d'un malade dans un établissement, dès lors que les conditions qui prévalent dans ce dernier sont distinctes de celles qui seraient ailleurs la règle ». La loi codifiée à l'article L.3222-3 du CSP prévoit que les personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sont placées en UMD, « lorsqu'elles présentent pour autrui un danger tel que les soins, la surveillance et les mesures de sûreté nécessaires ne peuvent être mis en œuvre que dans une unité spécifique ». Il appartient alors au préfet de décider de l'admission. C'est l'article

---

882 Conseil de l'Europe, rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 28 novembre au 10 décembre 2010, publié le 18 avril 2012, paragraphe 180 et 182.

883 Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Avis du 17 janvier 2013 relatif aux séjours injustifiés en unités pour malades difficiles. NOR : CPLX1302962V. JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 5 février 2013, Texte 85 sur 109.

884 « Le CGLPL demande la mise en place d'une procédure afin d'éviter les séjours injustifiés en unités pour malades difficiles ». (APM), Paris, 5 février 2013.

885 CE en Assemblée, 14 décembre 2007, n° 290 730, Garde des sceaux c/ M. M.A.



R.3222-1 du CSP qui précise les modalités de prise en charge. Il dispose que les UMD mettent en œuvre les protocoles thérapeutiques intensifs et les mesures de sûreté particulières adaptés à l'état des patients. Il en résulte que l'admission d'un patient en UMD, venant d'un établissement de droit commun, aggrave sensiblement les contraintes le concernant. On peut en conclure que le maintien injustifié d'un patient, dans une UMD, porte bien atteinte à ses droits fondamentaux. Le Contrôleur a constaté ces maintiens injustifiés en raison du non-respect des procédures de sortie. Ces conditions sont définies aux articles R.3222-5 et R.3222-7 du CSP. Elles prévoient qu'il appartient à la commission du suivi médical de l'unité d'apprécier si les conditions prévues pour l'admission ne sont plus réunies. Si tel est le cas, elle doit saisir le préfet de département d'implantation de l'unité, qui prononce la sortie du patient par arrêté. Dans le cas le plus fréquent, la sortie est prononcée sous la forme d'un retour, dans l'établissement d'origine, qui doit alors avoir lieu dans un délai de vingt jours. La garantie de ce retour est prévue expressément à l'article R.3222-2 du CSP. Précisément, le dossier adressé au préfet du département d'implantation de l'UMD comprend l'engagement, de faire de nouveau hospitaliser le patient dans son département. Dans les faits, des patients sont pourtant maintenus en UMD, malgré l'avis ou les avis successifs de la commission du suivi médical et l'arrêté pris par le préfet prononçant la sortie du patient. Le Contrôleur J-M. Delarue, considère que cette situation repose sur la méconnaissance des dispositions du Code de la santé publique, et sur la difficulté à déterminer et à imposer l'établissement d'origine devant accueillir le patient à sa sortie de l'UMD. Ainsi, « l'absence d'autorité en mesure de déterminer et d'imposer l'établissement devant accueillir le patient à sa sortie de l'UMD, conduit à conditionner la sortie du patient de l'UMD aux résultats aléatoires des tractations menées, et non à la seule condition déterminée par le Code de la santé publique, à savoir que le patient ne présente plus de dangers pour autrui justifiant une prise en charge particulière ». Dans les faits, certains patients sont maintenus en UMD sans aucune justification médicale, et largement au-delà des délais légaux. Ce maintien injustifié porte bien atteinte aux droits du patient à plusieurs égards, puisque l'état de santé psychiatrique ne nécessite plus la mise en œuvre de mesures de sûreté et de surveillance particulières. Précisément, l'admission en UMD induit souvent un éloignement familial. Le séjour injustifié porte donc une atteinte au droit fondamental de respect de la vie familiale, comme composante de la vie privée. La prolongation injustifiée de séjour vient enfin compromettre les chances de réinsertion de la personne. Au vu de ce constat, le Contrôleur recommande aux pouvoirs publics de rappeler, par voie de circulaire, que l'arrêté du préfet mettant fin au séjour en UMD doit être suivi simultanément de l'arrêté du préfet de département de l'établissement d'origine réadmettant le malade dans ce dernier. De plus, en cas de doute sur l'établissement de retour, il propose de définir une procédure permettant à l'ARS compétente, de déterminer sans délai, en cas de doute, l'établissement de retour. Il revient à l'autorité publique d'exécuter la décision de la commission de suivi médical dans un délai raisonnable, ceci afin de respecter les droits fondamentaux des patients. J-M. Delarue propose à ce propos, de manière concrète, que l'ARS décide du choix de l'hôpital de rattachement. L'arrêté du préfet doit alors suivre sans délai et cette décision doit s'imposer aux hôpitaux concernés.

Les patients ayant séjourné auparavant dans une UMD sont considérés dangereux au vu de leurs seuls antécédents. Le législateur a prévu, à leur égard, une procédure renforcée, avant tout changement de mode de prise en charge. Prévue par la loi de 2011, cette procédure comprenait le passage du dossier du patient, devant un collège de professionnels, ainsi que des expertises supplémentaires. Une première censure ne soumet plus la décision du juge des libertés aux expertises. En revanche, le législateur doit intervenir avant le 1<sup>er</sup> octobre 2013 pour modifier les dispositions relatives à l'avis du collège. Selon les dispositions devant être modifiées, pour la transformation en suivi ambulatoire sans consentement ou la levée de la mesure, le directeur de l'établissement doit réunir un « collège », comprenant un psychiatre et un soignant participant à la prise en charge, et un psychiatre ne participant pas à la prise en charge du patient. Ce collège est alors chargé de rendre un avis, relatif aux soins psychiatriques que nécessitent ces patients. Cet avis est destiné au JLD, chaque fois qu'il doit statuer. Le préfet est également destinataire de cet avis, quand il envisage une prise en charge ambulatoire sans consentement. La Chancellerie prévoyait toutefois que tout membre du collège pouvait demander à ce qu'il soit fait mention de son opinion discordante, avec les conclusions de l'avis rendu. L'article

R.3211-5 du CSP prévoit que « tout membre du collège peut demander qu'il soit fait mention de son désaccord avec l'avis rendu ». Les textes ne disent pas pour autant quel est le niveau de responsabilité engagé par chacun des membres du collège en formulant un avis. Pour la Chancellerie, l'avis du collège constitue une alternative au recours à l'expertise. Mais, *a contrario*, il doit également servir à identifier les situations où une expertise peut s'avérer utile. Si l'avis conclue à la nécessité de lever la mesure d'hospitalisation complète, il est censé être motivé au regard des soins nécessités par les troubles mentaux de la personne. Cependant, la portée de cet avis va au-delà, puisqu'il doit également évaluer les incidences éventuelles de ces troubles sur la sûreté des personnes. Nous retrouvons dans ces dispositions contestées, la résurgence d'une forme d'exigence de prédiction, à propos d'une éventuelle dangerosité, caractéristique d'une certaine volonté politique. Cette disposition particulière, censurée le 20 avril 2012, relevait d'une logique de rétention de sûreté particulièrement stigmatisante vis à vis de certains patients. Certains envisageaient à ce propos le risque d'introduire une forme de « perpétuité psychiatrique ». Selon la loi, il appartenait de plus au psychiatre traitant de signaler les antécédents du patient. A ce propos, rien dans les textes ne précisait s'il devait simplement les signaler s'il en avait connaissance ou s'il devait en plus effectuer de véritables investigations. La Chancellerie a surajouté un élément discriminant, en demandant aux greffes de réclamer systématiquement le bulletin n°1 B1 du casier judiciaire. Ce bulletin B1 n'est pourtant consultable que par les seules autorités judiciaires. En formulant cette exigence, l'exécutif a induit un problème procédural. Ainsi, dès que cette pièce est transmise au greffe, elle devient consultable par toutes les parties au titre du principe contradictoire. Outre la dérive préoccupante décrite précédemment, la divulgation de ce document constitue un élément d'influence défavorable envers le magistrat, dans la mesure où ce dernier doit statuer sur la situation contemporaine du patient, et non sur ses antécédents judiciaires figurant à son casier. Cette procédure volontairement dissuasive devait s'appliquer indifféremment à toutes les personnes ayant bénéficié d'une décision d'irresponsabilité pénale, mais également aux malades difficiles qui nécessitaient une prise en charge particulière. De fait, elle stigmatisait seulement, au regard de leurs antécédents, toute une catégorie de malades qui pouvaient être durablement stabilisés. Le Conseil constitutionnel a résolu ce problème dans sa décision du 20 avril 2012. Il a dénoncé l'absence de dispositions législatives, encadrant les formes et les conditions dans lesquelles une décision d'admission en UMD était prise par l'autorité administrative. Le juge constitutionnel considère, en effet, que l'absence de garanties légales suffisantes, assorties de règles plus rigoureuses pour la mise en place et la levée de ces soins, méconnaît la Constitution. Le Conseil constitutionnel a reporté au 1er octobre 2013 la date de cette abrogation pour permettre au législateur d'y remédier. Les sages ont, en définitive, validé la position du CRPA, en appliquant le droit commun aux situations d'hospitalisation en UMD. Selon les sages, si l'on peut admettre des mesures spécifiques en fonction des infractions commises, dans le cas de décision judiciaire d'irresponsabilité pénale, en revanche, ce n'est pas le cas pour le seul fait d'avoir séjourné en UMD sans avoir commis d'infraction.

### **§3. La sécurisation des données médicales personnelles : un texte silencieux.**

Un autre aspect du contrôle des patients atteints de troubles mentaux, moins évident *a priori*, concerne le recueil des données de santé. Bien que moins médiatisée que les atteintes à la liberté d'aller et venir, la protection de l'intimité de la vie privée pose un problème majeur, au vu de l'informatisation des données personnelles. Certains qualifient d'ailleurs la situation d'atteinte au principe d'*Habeas Data*, qui constituerait une adaptation du principe de l'*Habeas Corpus* à la société numérique. La psychiatre C. Gekiere<sup>886</sup> considère à ce propos, que le recueil de ces données via le RIMP-PSY<sup>887</sup> et le DMP<sup>888</sup>, ne constitue pas une modalité technique neutre. Le nombre de fichiers informatisés existants, la facilité d'interconnexion et la conservation et la diffusion des données psychiatriques, constituent d'abord un enjeu commercial. Ils constituent également un gisement d'informations très utiles au contrôle de certaines populations. Le danger des stockages de données personnelles sous forme numérique

---

886 GLEKIERE. C, *Recueil des données en psychiatrie : fichage des patients, attaque des soignants*, Rhizome n°39, juillet 2010.

887 Relevé de l'information médicale en psychiatrie.

888 Dossier médical personnel.

provient de la centralisation et du recoupement de ces mêmes données nominatives concernant les individus. Ils mettent alors en cause la liberté sous tous ses aspects. Les textes, et en particulier la Convention européenne élaborée en 1950, ne pouvaient pas prendre en compte les possibilités technologiques actuelles. Aucune disposition de la Convention ne traite spécifiquement des progrès scientifiques ou techniques. C'est donc à l'aune de l'article 8 de la Convention, que la CEDH construit sa jurisprudence, relative à la protection des données personnelles.

Le cadre normatif relatif aux données personnelles repose sur des bases réglementaires générales<sup>889</sup>, que doit respecter le médecin responsable de l'information médicale<sup>890</sup>. Son fondement est à la fois déontologique, en rapport avec le secret médical, mais également législatif et conventionnel. Le risque d'atteinte aux libertés individuelles, lié aux possibilités d'interconnexion et de subtilisation, a été mis en évidence, dans un avis du Comité consultatif national d'éthique<sup>891</sup>. Les données médicales personnelles s'avèrent être très mal sécurisées et très facilement accessibles par tout un chacun, grâce aux moteurs de recherche<sup>892</sup>. Les atteintes au secret médical, potentielles ou réelles, existent en psychiatrie. Le psychiatre O. Labouret<sup>893</sup> dénonce sans relâche une dérive pernicieuse et calculée particulièrement liberticide. Selon O. Labouret, l'informatisation des données personnelles en psychiatrie vise pour l'essentiel à assurer une « [...] gestion concurrentielle optimale des troubles et des budgets ». Il s'agirait selon le psychiatre, « [...] d'habituer les individus, patients comme soignants, à l'évidence normative du fichage, de dresser les consciences et resserrer les rangs derrière la bannière de la mondialisation des échanges ». Le praticien souligne la mise en place d'un « [...] contrôle bio-politique et panoptique, de sélection eugénique [...] ». O. Labouret identifie « une intentionnalité, une volonté politique d'utiliser les nouvelles technologies dans un but normatif et sécuritaire ». L'Union Syndicale de la Psychiatrie<sup>894</sup> a également revendiqué le caractère fondamental du droit de s'opposer à l'informatisation des données personnelles, tout particulièrement dans le domaine de la psychiatrie. Indépendamment des problèmes de divulgation d'informations médicales, durant l'audition judiciaire, il s'agit d'une exigence globale au regard du respect de la vie privée garantie par la Constitution.

Dans un arrêté de 2010<sup>895</sup>, l'agence technique de l'information hospitalière (AITH) a publié un nouveau guide méthodologique<sup>896</sup> relatif à la production du recueil d'information médicale en psychiatrie (RIMP). Dorénavant, les établissements sont tenus de recueillir des informations, relatives aux caractéristiques sociales du patient, qui sont susceptibles d'influer sur les modalités de son traitement. Il s'agit d'informations relatives au domicile, au mode de vie, à la situation scolaire ou professionnelle. Cela concerne également les prestations liées à un handicap, au bénéfice d'un minimum social et au bénéfice de la CMU. Enfin, sont recensées les données relatives à la responsabilité légale et à la protection juridique. L'Union syndicale de la psychiatrie a déposé un recours<sup>897</sup> en Conseil d'Etat contre l'arrêté et son annexe. Elle conteste la finalité discriminatoire de telles enquêtes qui ne respectent pas les précautions minimales imposées par le législateur. Ainsi, selon le syndicat, l'arrêté ne respecte ni les autorisations nécessaires, ni les principes de finalité, puisqu'il ne relève pas de l'analyse de l'activité médico-économique. Enfin et surtout, pour le sujet qui nous préoccupe, les données recueillies auprès

---

889 Décret n°2007-960 du 15 mai 2007 relatif à la confidentialité des informations médicales conservées sur support informatique ou transmises par voie électronique et modifiant le code de la santé publique. JORF n°113 du 16 mai 2007 page 9362 texte n° 210.

890 Art R.6113-5 du CSP.

891 Comité Consultatif National d'Ethique, avis n° 104 du 29 mai 2008.

892 DUVERNOY. T et MINANO. L, « Enquête: des données médicales confidentielles accessibles sur le web », 4 février 2013, <http://www.actusoins.com>

893 LABOURET. O, « Le fichage des patients en psychiatrie », 17 novembre 2010, site de la Ligue des Droits de l'Homme de Toulon. <Http://www.lah-toulon.net/spip.php?article4179>

894 « Le droit d'opposition à l'informatisation de ses données personnelles : un droit humain fondamental », communiqué de l'USP du 16 décembre 2010.

895 Arrêté du 20 décembre 2010 modifiant l'arrêté du 29 juin 2006 relatif au recueil et au traitement des données d'activité médicale des établissements de santé publics ou privés ayant une activité en psychiatrie et à la transmission d'informations issues de ce traitement dans les conditions définies aux articles L. 6113-7 et L. 6113-8 du code de la santé publique. JORF n°0302 du 30 décembre 2010 page 23248 texte n° 52.

896 Guide méthodologique de production du recueil d'informations médicalisé en psychiatrie, Bulletin officiel, n° 2011/4 bis, Fascicule spécial, Ministère du travail, de l'emploi et de la santé.

897 CE, recours n° 346.747.

des patients qui touchent à leur identité et à leur vie privée, impliquent le respect du principe de consentement à ce recueil. Le Code de la santé publique<sup>898</sup> dispose en effet, que les professionnels de santé, ou les établissements de santé, ou la personne concernée, peuvent déposer des données de santé à caractère personnel. Cependant, « cet hébergement de données, quel qu'en soit le support, papier ou informatique, ne peut avoir lieu qu'avec le consentement exprès de la personne concernée ». Pour autant, la version actualisée du guide de recueil autorise toujours l'Etat à procéder à des enquêtes visant à déterminer les « caractéristiques sociales du patient susceptibles d'influer sur le traitement de celui-ci ».

Comme pour la protection du secret médical, la nouvelle loi de juillet 2011 est silencieuse sur ce sujet pourtant très sensible de l'accès et de la conservation des données médicales et, *a fortiori*, sociales. Elle est silencieuse, à propos de la confidentialité, relative aux données personnelles des patients. Les patients concernés considèrent que les contrôles de confidentialité effectués de façon aléatoire, voire artisanale, par un contrôle mensuel des dossiers tirés au sort, ne présente pas les garanties suffisantes. Face à cela, des patients n'hésitent pas à formuler des réclamations sur la base de l'article 38 de la loi « informatique et liberté »<sup>899</sup>. Ils invoquent l'avis du Comité consultatif national d'éthique<sup>900</sup>, considérant que l'informatisation des données personnelles de santé présente un risque réel d'atteinte aux libertés individuelles. L'avis précise que c'est notamment le cas au profit d'organismes financiers, administratifs ou assurantiels. Le 23 avril 2009, la Direction de l'hospitalisation et de l'offre de Soins a clairement reconnu que l'établissement de santé doit attester qu'il met en œuvre « toutes les mesures de nature à assurer la confidentialité des données traitées ». La CNIL<sup>901</sup> a répondu à ce propos, qu'il appartient au responsable du traitement de prendre toutes précautions utiles. Il doit préserver la sécurité des données personnelles et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées ou endommagées ou que des tiers non autorisés y aient accès. Elle a précisé que le non-respect de ces dispositions, peut être puni d'emprisonnement et d'amende, au titre de l'article 226-17 du Code pénal. A ce propos, il faudra suivre attentivement les suites données aux fuites récentes de dossiers médicaux sur Internet<sup>902</sup>. La CNIL a enfin rappelé qu'en matière de données médicales personnelles, l'accès aux dossiers des patients devait être strictement limité aux professionnels prenant en charge les patients. Cependant, la CNIL conclut que les personnes ne peuvent pas s'opposer à la collecte des données les concernant, dans la mesure où celle-ci répond à une obligation légale. Dans la révision en 2004 de la loi du 6 janvier 1978, le législateur a rappelé la nécessité du consentement individuel, c'est à dire la légitimité du droit d'opposition à l'informatisation de ses données personnelles. Dans le même temps, il a vidé le principe de sens en précisant que l'opposition n'était pas possible lorsque le traitement informatique répond à une obligation légale.

La loi du 5 juillet 2011 n'évoque pas plus l'arrêté du 19 avril 1994 du ministre de la santé, mettant en place l'application informatique HOPSY, organisant le suivi par les DDASS des personnes ayant été hospitalisées sans consentement, en raison des troubles mentaux. Cet outil de gestion, à vocation purement départementale, permettait notamment la tenue dans chaque DDASS, d'un échéancier des certificats médicaux et des arrêtés préfectoraux, ainsi que la gestion des sorties d'essai d'hospitalisation d'office. Cette application répondait pour l'essentiel aux demandes de renseignements issues des préfetures, chargées de l'instruction des demandes de détention d'armes<sup>903</sup>. En principe, ces données ne doivent pas être conservées plus d'un an après la fin de l'internement, mais personne ne vérifie réellement que ce délai est bien appliqué. De plus, l'administration est censée garder tous les dossiers susceptibles de faire l'objet d'un litige. La loi de juillet 2011 est muette à ce sujet éminemment sensible

---

898 Art L.1111-8 du CSP.

899 Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. JORF du 7 janvier 1978 page 227.

900 Comité Consultatif National d'Éthique, avis n°104 du 29 mai 2008.

901 Lettre du Chargé de mission (Service des plaintes de la Cnil), Paris, 14 février 2011.

902 « Clinique de Champagne: des centaines de dossiers médicaux sur le net », 20 juin 2012, L'Est Eclair, <http://www.lest-eclair.fr> ; TROSSERO. D, « Marseille : une mère découvre son dossier médical sur Internet », 01/03/2013 [laprovence.com](http://laprovence.com)

903 La CNIL a considéré que « la communication aux services des préfetures d'informations nominatives issues des fichiers HOPSY, peut être admise dans la mesure où ces communications résultent de demandes préalables ».

et n'aborde pas la gestion des données figurant au fichier HOPSY, notamment suite à la réorganisation des DDASS. Elle laisse ainsi perdurer un dispositif préjudiciable aux patients

Force est de constater en conclusion que l'informatisation des données psychiatriques à la source, sans anonymat, comme l'exigent nombre de praticiens, constitue un dispositif redoutable réel de contrôle sur la population des malades mentaux. En cela, ces dispositifs d'information semblent répondre à la vision sécuritaire des pouvoirs publics déjà dénoncée par nombre d'acteurs. En définitive, la volonté de banalisation, consistant à aligner les soins psychiatriques sur le régime commun en matière de recueil de l'information médicale, constitue bien un danger de « camisole informatique ». En effet, le recueil d'information concernant une opération de l'appendice, ce n'est pas socialement la même chose que le recueil et la conservation d'informations relatifs à un internement psychiatrique.

### **CHAPITRE 3. LES PERSPECTIVES : UN MEILLEUR ÉQUILIBRE ET UNE CLARIFICATION.**

Le plan « psychiatrie et santé mentale », mis en œuvre par les pouvoirs publics depuis 2005, a donné des résultats concrets jugés médiocres par la Cour des comptes, dans son rapport de décembre 2011. La Cour a dénoncé une « défaillance du pilotage » et un « défaut d'un portage suffisamment fort », relevant de plus un « flou qui s'est progressivement instauré sur le cadre territorial d'exercice de la psychiatrie ». Effectivement, le cadre juridique de la psychiatrie est devenu incohérent avec l'abrogation en juillet 2005 du décret du 14 mars 1986 distinguant les secteurs de psychiatrie générale, infanto-juvénile et pénitentiaire. Cette incohérence a été majorée par la suppression du secteur comme unité territoriale par l'ordonnance de janvier 2010. Forte de ce constat, la Cour a préconisé la redéfinition d'une mission de service public spécifique pour la psychiatrie. Il s'agit pour la Cour de préserver les acquis de la sectorisation et de donner « un cadre juridique cohérent spécifique à la psychiatrie ». La Cour considère qu'il existe une spécificité de la psychiatrie par rapport aux autres disciplines médicales au vu du caractère désocialisant des pathologies. Dans sa réponse, le ministère de la santé a donné son accord sur cette orientation. Cinq organisations représentant les hôpitaux publics, les psychiatres publics et les usagers de la psychiatrie, ont présenté vingt propositions pour le prochain plan psychiatrie et santé mentale<sup>904</sup>. Elles plaident pour le choix, en ce qui concerne chaque région, d'un dispositif spécifique à la psychiatrie. Il s'agit d'une organisation territoriale pertinente, reposant sur la base des réponses apportées par le secteur, et disposant d'outils de gouvernance adaptés à chaque échelon. Cette mission de service public affirmerait le secteur comme outil d'organisation adapté à la spécificité de la discipline. Elle devrait être de plus être dotée d'un outil juridique de gestion de ces spécificités, englobant le soin et les actions sociales et médico-sociales.

#### **SECTION 1. LES ÉVOLUTIONS LIEES À LA JUDICIARISATION.**

J-M. Delarue<sup>905</sup> a relevé une augmentation significative des hospitalisations sans consentement de 2006 à 2011. Cette hausse des hospitalisations à la demande d'un tiers (44 000 à 64 000) et des hospitalisations d'office (10 500 à 15 500), semble illustrer effectivement un « virage sécuritaire ». Il s'agit toutefois de données antérieures à la loi du 5 juillet 2011, instaurant le contrôle systématique du juge. Si l'on semble s'acheminer vers une montée en puissance de la judiciarisation des soins psychiatriques, les moyens judiciaires sont cependant variables et inégalement répartis. L'inquiétude est de mise pour le Syndicat de la magistrature<sup>906</sup>, car il semble selon le syndicat, « qu'au plus haut niveau de l'État, certains pensent que le fait que la réforme ait pu être mise en œuvre démontre que des ressources étaient disponibles sans qu'il soit nécessaire même à moyen terme, d'envisager des renforts ».

##### **§1. Un régime de responsabilité indemnitaire instable toujours partiellement jurisprudentiel.**

La dynamique des droits et libertés, qui progressent depuis 1990, contredit la logique du principe de précaution. D'ailleurs, depuis 1990, le principe fondamental est devenu celui de l'hospitalisation libre, la contrainte demeurant l'exception. La jurisprudence administrative a joué un rôle majeur dans ce sens. Cependant, le problème inhérent à la jurisprudence est le risque de revirement. Le régime de responsabilité pour faute présumée, relatif au défaut de surveillance et au passage à l'acte auto ou hétéro-agressif, est toujours jurisprudentiel, avec l'incertitude qui l'accompagne. Il en est de même, à propos du régime de responsabilité sans faute, pour risque exceptionnel<sup>907</sup>, à l'occasion des sorties d'essai, transposable aux programmes de soins. Il s'agit là d'une problématique spécifique, inhérente à

---

904 MAUDUIT. H, « Plan psychiatrie et santé mentale: hôpitaux, psychiatres et usagers avancent leurs propositions », APM, Paris, 22 décembre 2011.

905 « Le lieu des audiences des patients soignés sans consentement doit être l'hôpital pour Jean-Marie DELARUE », HOSPIMEDIA. 26.11.12.

906 « Bilan de la réforme des soins sans consentement », Syndicat de la magistrature, 31 janvier 2012.

907 CE, 28 mars 1919, n° 62273, *Regnault-Desrosiers*. Publié au Recueil Lebon.

la psychiatrie. En matière de responsabilité indemnitaires, pour défaut de surveillance, la jurisprudence est très fluctuante. C'est le cas en particulier des fouilles permettant de déceler des produits ou objets dangereux pour le patient ou les tiers. La Cour administrative d'appel de Douai<sup>908</sup> a retenu comme faute de l'établissement, le défaut de fouille corporelle d'un patient ayant fait une tentative de suicide par la suite. Cette jurisprudence isolée est cependant très problématique, dans la mesure où les fouilles sont assimilées à des perquisitions et donc réservées aux officiers de police judiciaire<sup>909</sup>. De plus, les soignants ne sont ni habilités ni formés pour les pratiquer. *A contrario*, ces derniers sont tenus en toute circonstance, de respecter la dignité du patient. La protection des patients nécessite donc une difficile application du principe de précaution permettant de respecter l'obligation de sécurité-résultat que la jurisprudence tend à imposer de plus en plus largement. Contrairement à ce qui a pu être parfois développé, le refus de soins se traduisant par une fugue ne constitue pas un droit pour le patient, même en hospitalisation libre. La surveillance doit prévenir les sorties intempestives et la responsabilité de l'établissement peut être engagée si la surveillance n'a pas été suffisamment attentive. Les services psychiatriques sont directement concernés, qu'il s'agisse de la qualité des locaux exposant aux risques de chutes ou autres blessures, des instruments et dispositifs médicaux ou des produits comme les médicaments. Le droit positif énonce aujourd'hui une combinaison complexe des deux logiques de précaution et de sécurité-résultat. Dans certains domaines, cette logique de précaution est largement encadrée par la réglementation. C'est le cas de l'utilisation des produits, de la sécurité des locaux, de l'utilisation des fluides, de la sécurité alimentaire ou la gestion des déchets. En revanche, du point de vue des libertés individuelles, la psychiatrie a eu de plus en plus recours à des méthodes moins contraignantes pour le malade. Si ces méthodes permettent de restituer la plus large place à la liberté du patient, l'accroissement du risque suicidaire particulier à la psychiatrie en constitue la contrepartie. La responsabilité de l'hôpital ne peut être engagée qu'en cas de faute de surveillance, et c'est seulement si le suicide était plus ou moins prévisible que le juge sanctionne. Il retient alors le défaut de précaution dans l'organisation du service ou la surveillance du patient. Précisons à ce propos, que le risque suicidaire, concerne la quasi-totalité des malades mentaux. Dix pour cent des patients schizophrènes et quinze pour cent des patients bipolaires meurent par suicide. C'est pour cette raison que les établissements psychiatriques sont soumis à une obligation renforcée de surveillance. Cela se traduit notamment par le renversement de la charge de la preuve. Dans le même temps, le juge administratif reconnaît que l'hospitalisation libre ne nécessite pas une surveillance permanente mais une diligence des acteurs lors d'absences anormales de patients. Donc, moyennant une certaine vigilance, cette dynamique favorable aux libertés vient s'opposer à celle du principe de précaution qui favoriserait des prises en charge beaucoup plus coercitives, permettant notamment de juguler le risque suicidaire. La jurisprudence, appréciant concrètement au cas par cas, admet que le « risque zéro » n'existe pas en matière de risque suicidaire face à un patient déterminé. En revanche, le risque pour les tiers semble beaucoup plus préoccuper les pouvoirs publics. De ce point de vue, les dispositions qui favorisent la liberté sont très éloignées de celles que nécessite le principe de précaution. Il suffit de reprendre les recommandations de l'IGAS de 2011 critiquées précédemment pour s'en rendre compte.

Le juge administratif était censé contrôler les conditions de prise en charge des patients hospitalisés sous contrainte. Toutefois, cette compétence a été remise en cause par des décisions qui renvoyaient vers l'autorité judiciaire les litiges nés de toute restriction de droits et libertés pendant l'hospitalisation. C'était en particulier le cas pour les droits de visite, la liberté de correspondance et de communication. La Cour administrative d'appel de Paris a rejeté une requête relative à la restriction des possibilités de communications téléphoniques, d'une patiente admise en sur demande d'un tiers. La Cour a affirmé, qu'il n'appartenait qu'à l'autorité judiciaire d'apprécier non seulement le bien fondé d'une décision d'hospitalisation sous contrainte, mais également les conséquences qui peuvent en résulter. La Cour a précisé qu'il s'agissait de l'ensemble des restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles, qui

---

908 « Faute dans l'organisation du service public hospitalier. Le défaut de fouille au corps d'un patient suicidaire. Commentaire de l'arrêt de la CAA de Douai, 6 février 2007, CH de Denain ». *Gestions hospitalières*. juin-juillet 2007.

909 Question écrite n° 12018 de Mr le sénateur Bernard Fournier (Loire - UMP) et réponse du ministère de l'Intérieur publiée dans le JO Sénat du 07/01/1999 - page 53.

peuvent être décidées sur le fondement de l'article L.3211-3 CSP<sup>910</sup>. Cependant, cet effacement du juge administratif, au profit du juge judiciaire, relatif à la protection des libertés, souffre des exceptions notamment en matière de visites. A ce propos, le Conseil d'État a reconnu le pouvoir de police du directeur pour subordonner la visite rendue d'un médecin généraliste à l'un de ses patients hospitalisé d'office, à la présence d'un infirmier au titre de la sécurité<sup>911</sup>. En revanche, plus récemment le juge administratif a finalement renoncé à intervenir dans les litiges relatifs au droit de visite. Il s'agissait en l'occurrence d'enjoindre au directeur de l'hôpital de rétablir le droit de visite à un malade hospitalisé à la demande de son représentant. Le Conseil d'État a soutenu qu'« il n'appartient qu'au juge judiciaire [...] de connaître de la contestation [...], qui porte sur le bien-fondé du régime auquel est soumis le patient [...], au regard de son état mental, à la suite de son hospitalisation d'office<sup>912</sup> ». Cette décision fût confirmée par la suite par le juge des référés sur la base de l'article 8 de la Convention européenne<sup>913</sup>. Pour le juge administratif, les mesures restrictives des libertés individuelles sont secondaires à la mesure initiale d'hospitalisation privative de liberté individuelle, au sens de la sûreté, et donc de la compétence du juge judiciaire. Cette indétermination qui règne autour du régime d'exercice de ces droits renforce bien sur l'importance du contrôle juridictionnel. A l'évidence, le contrôle du juge administratif était très complexe à mettre en œuvre. D'ailleurs, ce dernier s'est souvent déclaré incompétent et a régulièrement renvoyé sur le juge judiciaire. Reste à savoir comment le JLD statuera à l'avenir, sur les mises en causes des droits et libertés, secondaires à la privation initiale de la liberté d'aller et venir.

Le droit de correspondance semble jouir en revanche d'une approche particulière. Dans une affaire de référence du 6 avril 2007, le juge administratif<sup>914</sup> est intervenu par le biais d'un tiers, en l'occurrence l'avocat d'un patient. Dans cette affaire *Bernardet*, le patient interné d'office souhaitait correspondre avec son avocat pour qu'il introduise un recours devant la CEDH en son nom. L'établissement concerné a pris une mesure qu'il a qualifiée d'« éducative » et consistant à faire transiter le courrier par deux avocats désignés par lui. L'avocat décida d'un recours pour indemnisation des dommages subis du fait de cette mesure. Le juge administratif a considéré que, pour un tiers, un préjudice pouvait résulter de la limitation du droit d'une personne hospitalisée sous contrainte d'émettre et de recevoir des courriers. Indépendamment des compétences respectives des juridictions, l'intérêt essentiel de la jurisprudence *Bernardet* réside dans la réaffirmation de la liberté de correspondance des personnes hospitalisées sous contrainte. En effet, le Conseil d'État relève que la liberté de correspondance ne souffre aucune restriction. Le juge interne tranche en vertu de l'article 8 de la Convention européenne, relatif à la protection de la vie privée, et s'appuie également sur la jurisprudence européenne<sup>915</sup>. Si la personne dispose en tout état de cause des droits consacrés par l'article L.3211-3 CSP, les droits non-inscrits sur cette liste sont relatifs. Par exemple, les communications téléphoniques sont susceptibles d'être limitées pour des raisons thérapeutiques. Certains praticiens pensent même, à tort, que les droits explicitement énumérés devraient pouvoir être restreints pour motifs thérapeutiques. La jurisprudence *Bernardet* vient distinguer la liberté de correspondance du patient hospitalisé sous contrainte, de celle du détenu dont le courrier est systématiquement ouvert. Pour les détenus, l'atteinte au secret de correspondance est liée à l'ordre public. En revanche, pour les patients hospitalisés sans consentement, les libertés individuelles ne peuvent être limitées que pour des raisons de santé.

Sans négliger l'apport jurisprudentiel, une clarification des pratiques et un régime d'indemnisation prévu dans la loi, auraient été souhaitables. Un dispositif aurait pu être organisé, sur le modèle des dispositions d'indemnisation prévues par la loi de 2002<sup>916</sup>, et non lié aux aléas jurisprudentiels. Le législateur comme le Gouvernement n'ont toutefois pas souhaité s'aventurer sur le « terrain » de la

---

910 CAA de Paris, 19 mai 2005, n° 03PA01855.

911 CE, 17 novembre 1997, n°168606, *CHS de Rennes*,

912 CE, 3 mars 2003, n° 254625, *Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines*.

913 CE, 27 novembre 2003, n° 261947.

914 CE, 6 avril 2007, n°280494. Mentionné aux tables du recueil Lebon.

915 CEDH, 24 sept 1992, n° 244, *Hercsegfalvy c / Autriche*.

916 Art L.1142-1 du CSP.



responsabilité. Au vu des débats parlementaires, cette question n'a même pas été évoquée, évitant ainsi l'occasion de clarifier et sécuriser les pratiques professionnelles face à un réel problème de définitions de responsabilités. Au contraire, en ignorant la jurisprudence, le Gouvernement et le législateur entretiennent la confusion. C'est le cas en disposant qu'« une personne hospitalisée avec son consentement pour des troubles mentaux est dite en hospitalisation libre [...] (et) dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades hospitalisés pour une autre cause<sup>917</sup> ». La persistance de cette affirmation dans la loi ne paraît pas très cohérente, pour une pathologie qui impose une recherche permanente d'équilibre. La protection de la santé à concilier avec le respect de l'exercice des libertés, laisse donc une large part du droit applicable à la jurisprudence.

L'affaire du CHS Edouard Toulouse de Marseille a mis en cause la responsabilité indemnitaire de l'établissement et la responsabilité pénale d'un psychiatre pour défaut de surveillance. Cette situation est emblématique car elle paraît signer la fin du « risque accepté » pour les méthodes de soins psychiatriques. Cette affaire signe une évolution majeure des régimes de responsabilité indemnitaire. La décision du Conseil d'Etat *Regnault-Desrosiers*<sup>918</sup> de 1919 constituait une étape fondatrice du développement de la jurisprudence. Elle reconnaissait, sur le fondement du risque, une responsabilité sans faute de l'État. La jurisprudence s'est développée, par la suite, à propos des méthodes libérales de rééducation ou de réinsertion, qui laissent une plus grande liberté à leurs bénéficiaires, mais font courir plus de risques aux administrés. Ce principe s'est appliqué d'abord en 1956, dans le cas de mineurs délinquants qui s'étaient enfuis d'une institution d'éducation surveillée. Puis il a été appliqué aux détenus bénéficiant d'une permission de sortie ou d'une mesure de semi-liberté. Il a été retenu enfin en 1967 pour les malades mentaux bénéficiant d'une sortie d'essai ou d'un placement familial surveillé. Depuis la loi du 5 juillet 2011, les sorties d'essai n'existent plus. Cependant, la logique de cette jurisprudence trouve à s'appliquer au nouveau dispositif de programmes de soins ambulatoires, sans consentement. Du point de vue du régime de responsabilité, le dispositif des programmes de soins peut donc être abordé, par analogie, avec l'ancien régime légal des sorties d'essai. Un revirement majeur du juge administratif et du juge pénal semble s'être opéré à l'occasion de l'affaire marseillaise. Le juge administratif et le juge pénal ont retenu le défaut d'organisation, et de surveillance de l'établissement, ainsi que la mise en danger d'autrui par le psychiatre, malgré les circonstances. Ils ont mis en cause la responsabilité des psychiatres hospitaliers en exigeant d'eux des moyens renforcés, équivalents à une quasi-obligation de résultat. Ce sont bien les moyens mis en œuvre par le psychiatre qui sont en cause. En contestant ces moyens, dans un domaine où la prédiction et le risque zéro n'existent pas, les juges semblent vouloir écarter le risque et choisir une exigence de contrôle envers l'institution psychiatrique. Nous assistons également aux conséquences, de l'omniprésence de la place des victimes au procès pénal, qui exercent une influence certaine sur le cours de la justice. Cette appréciation doit toutefois être nuancée, dans la mesure où c'est l'expert psychiatre qui fournit les bases de l'incrimination au juge. A l'aune de cette affaire, la notion juridique de « faute caractérisée », introduite depuis 2000, délègue largement à l'expert la possibilité d'appréciation des magistrats. Le Dr B. Odier<sup>919</sup> redoute que la réforme du Code pénal, qui était censé limiter les possibilités de mettre en cause la responsabilité pénale des personnes physiques, « qui n'ont pas commis directement de dommages », soit désormais débordée par l'évolution des mœurs. L'affaire de Marseille serait, selon ce dernier, un signe avant-coureur de l'émergence d'une « responsabilité pénale du fait d'autrui ». Ceci contribuerait à rendre encore plus difficiles les métiers de psychiatre et de juge d'application des peines.

---

917 Art L.3211-2 du CSP.

918 CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desrosiers*. Publié au recueil Lebon.

919 Dr B. ODIER, « À propos de l'affaire de Marseille », *RESPUBLICA*, n°705, 8-1-2013.

## §2. Vers une juridiction spéciale de la santé mentale.

En 1838, J-P. Falret<sup>920</sup> écartait la judiciarisation et justifiait la procédure administrative d'internement. Selon l'aliéniste, « l'autorité administrative (n'inspirait) aux familles ni aux malades aucun sentiment de crainte et de défiance, puisque son essence (était) d'être paternelle tandis que l'autorité judiciaire, n'apparaissant à l'imagination qu'armée du glaive de la loi, (pouvait) exercer sur les malades, ordinairement si craintifs et si défiants, la plus funeste influence, et produire sur les familles une impression de douleur et d'irritation analogue à celle qu'éprouvent des personnes injustement accusées ». Cette perception était toujours présente en 2011 au sein de la communauté médico-soignante à la veille de la judiciarisation, mais elle évolue rapidement de manière plutôt positive. Le CRPA s'est exprimé à ce propos par la voix d'A. Bitton, considérant que notre système de contrainte est devenu un système mixte médico-administratif et judiciaire. Pour lui, l'unification du contentieux de l'internement vers la juridiction judiciaire en 2013 va provoquer une explosion en nombre de ce type de contentieux. Selon le représentant du CRPA, « cette judiciarisation forcée va permettre de faire pénétrer le droit à l'hôpital. Elle fera contrepoids à l'accroissement de la sécurisation<sup>921</sup> ». Sous réserve de respecter son statut, l'intervention du juge indépendant garant des libertés en matière de soins sans consentement est donc une garantie nouvelle majeure, qu'il convient d'explicitier d'éclairer et de valoriser dans ses aspects positifs. C'est dans ce sens que le CRPA avait mis en place des permanences d'avocats, en prévision de l'application des nouvelles dispositions.

Dans le prolongement de l'intervention du JLD, la question est désormais posée de la persistance de la double intervention du préfet au nom de l'ordre public, et du juge au nom du respect des libertés. La présidente du Tribunal de grande instance de Colmar, S. Garrigue-Peress, déclarait en 2011<sup>922</sup> être favorable à la suppression des arrêtés préfectoraux pour les hospitalisations d'office. Elle souhaitait l'institution d'un juge dédié qui décide de tout : du placement d'office et des levées. Le comité européen pour la prévention de la torture paraît aller dans le même sens<sup>923</sup>. Dans son rapport remis en 2012 au Gouvernement de la France, il s'est interrogé sur certains choix comme la première intervention potentiellement tardive du juge dans les deux semaines suivant l'admission, plutôt qu'au terme de la période d'observation et de soins initiale de soixante-douze heures. Le syndicat de la magistrature<sup>924</sup> s'avère être également très proche des positions du CRPA. Le syndicat, demande une judiciarisation complète et quasi immédiate du processus, avec des contrôles du juge beaucoup plus rapprochés. Il dénonce au passage le pouvoir de l'exécutif, incarné par les préfets et les maires, qu'il considère encore comme excessif. Ils plaident également pour la fin du régime dérogatoire pour certains malades considérés comme dangereux, ainsi que pour un contrôle du juge, sur les orientations en UMD. Plus généralement, le syndicat demande l'abandon explicite, de toute notion de comportements sociaux atypiques, pouvant justifier des soins contraints. En ce qui concerne la procédure devant le JLD, la motion du syndicat affirme la nécessité de proscrire la visioconférence et demande l'assistance obligatoire d'un avocat, avec la mise en place d'une défense de la protection des malades mentaux à l'instar de ce qui existe pour les mineurs. Dans le même état d'esprit, le syndicat propose de supprimer la nécessité de motiver l'acte d'appel, puisqu'il s'agit d'un enjeu de liberté. Toujours selon cette organisation, les mineurs et majeurs protégés devraient pouvoir exercer eux-mêmes leur droit d'appel.

Certains psychiatres préconisent de dissocier les mesures visant à prendre soin des malades mentaux des mesures de défense sociale et de sûreté pour la protection de la société et la prévention des récidives. La psychiatrie est pleinement concernée, mais la persistance de l'hospitalisation d'office,

---

920 FALRET. JP, *Observations sur le projet de loi relatif aux aliénés*, Paris, 1837, *psychiatrie.histoire.free.fr*

921 CLAVREUL. L, « L'intervention systématique d'un juge, une victoire des patients », *Le Monde*, 2 août 2011.

922 « Vilipendée ou approuvée », 26 octobre 2011, *L'Alsace.fr*

923 Conseil de l'Europe. Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 28 novembre au 10 décembre 2010, publié le 18 avril 2012, paragraphe 187.

924 Motion pour une nouvelle approche des soins contraints, « En finir avec l'empreinte sécuritaire et privilégier la protection des malades », Congrès du Syndicat de la magistrature, 24 -25 novembre 2012.

associée au concept de trouble à l'ordre public, renforce cette confusion. Ils préconisent un unique mode de soins sans consentement, mais avec deux voies d'entrée. Par principe, l'admission en soins sans consentement pourrait relever d'une décision du juge dans le cadre d'une procédure civile. Elle interviendrait à la demande d'un tiers, agissant dans l'intérêt général. Elle serait complétée par l'émission d'un certificat médical, justifiant de la nécessité de soins sans consentement et de la mise en place d'une observation. Le tiers pourrait être un membre de la famille, un élu local, un représentant des forces de l'ordre ou un travailleur social. La validation par le juge des libertés s'opérerait dans la semaine suivant l'admission et l'instance judiciaire devrait décider des garanties légales encadrant ces soins sans consentement. Une seconde voie judiciaire serait initiée par le procureur de la République, seulement pour l'auteur de troubles délictueux à l'ordre public ou constituant une menace pour la sûreté des personnes. Des soins spécialisés immédiats seraient alors décidés, au vu d'une expertise psychiatrique d'urgence, permettant d'objectiver l'existence de troubles mentaux. Dans un deuxième temps, la mise en place des soins sans consentement se ferait sur décision du juge selon la voie précédente.

Le Conseil de l'Europe a adopté en 1977 une Recommandation 818 qui préconisait la création de « commissions ou tribunaux indépendants de bien être mental, chargés de protéger les patients en ouvrant des enquêtes ou en intervenant de leur propre initiative avec pouvoir d'élargissement du patient dès lors que l'internement ne paraît plus s'imposer ». C'est le droit britannique qui répond le plus à ce critère de juge spécialisé en santé mentale. La Grande Bretagne a institué des « tribunaux de révision des affaires de santé mentale » qui comportent un juge juriste et un juge médecin. Ces tribunaux sont également compétents pour mettre en place des solutions alternatives au maintien ou à la mainlevée de la mesure de soins. Ils peuvent notamment, dans certains cas, différer la fin de la mesure mais en garantissant une date de mainlevée, permettant de préparer la sortie du patient. Dans le cas contraire, ce tribunal peut différer la mainlevée et fixer des exigences en vue de garantir les meilleures conditions de sortie future. En France, après l'unification du contentieux de l'internement psychiatrique, l'évolution de ces procédures très particulières liées aux troubles mentaux, plaide pour l'avènement d'un juge spécialisé en santé mentale. Certains argumentent en faveur d'une compétence globale englobant l'internement et la protection de la personne. Cependant, le retour de cette compétence élargie constituerait pour d'autres un recul sur des principes abandonnés avec la loi de 1968. Certaines voix préconisent l'instauration d'un juge spécialisé dans les affaires de santé mentale, à l'intérieur d'une juridiction de droit commun, comme le Tribunal de grande instance. Cette solution est envisageable, car la réforme du 5 juillet 2011 renforce largement le contrôle judiciaire. De plus, le nombre d'audiences supplémentaires par an est estimé à plusieurs dizaines de milliers. Dans cette hypothèse, le droit de la psychiatrie devrait être sous le monopole d'un juge unique et spécialisé, condition préalable pour l'instauration d'un véritable tribunal de santé mentale. Il pourrait s'agir d'une transformation en juridiction, des commissions départementales des soins psychiatriques. Les missions de ces commissions sont comparables à celles du juge des libertés. Précisément, l'article L.3222-5 du CSP prévoit que la commission départementale des soins psychiatriques est chargée d'examiner la situation des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement « [...] au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes ». Si les conditions d'indépendance sont respectées, ce qui n'est pas le cas à ce jour, la commission répond, par sa composition, aux défauts reprochés à la procédure devant le JLD. Alors que ce dernier, qui ne présente pas de compétence en psychiatrie, statue seul, et le plus souvent sans recours à l'expertise, la CDSP est composée de magistrats, praticiens et usagers. Elle semble donc mieux capable de prendre des décisions collégiales éclairées. De plus, le ressort territorial des CDSP est généralement identique à celui des tribunaux de grande instance. Les obstacles sont réduits puisque le droit français accepte tout à fait une transformation d'une commission en une juridiction. C'est par exemple le cas de la transformation de la Commission des recours des réfugiés (CRR), en Cour nationale du droit d'asile

(CNDA), dans le cadre de la loi Hortefeux<sup>925</sup>. Notons enfin que certains défendent l'idée de l'intervention du JLD en première instance, la Commission départementale devenant alors l'instance d'appel.

En termes de perspective politique, à l'égard de l'indépendance du juge et du statut du parquet, mais sans référence particulière aux soins psychiatriques, A. Vallini<sup>926</sup> a proposé de « couper la dépendance du parquet à l'égard du pouvoir politique ». Les procureurs ne seraient plus nommés qu'après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature, qui deviendrait « une grande instance de régulation démocratique ».

### **§3. Une information spécifique à l'égard du patient : définir le débiteur de l'information.**

Lors de sa visite de 2010, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants<sup>927</sup>, a constaté qu'un certain nombre de patients n'étaient pas informés. De plus, rares étaient les patients qui avaient compris quels étaient les moyens dont ils disposaient pour contester les mesures dont ils faisaient l'objet. De plus, nombre de membres du personnel médical et soignant n'étaient d'ailleurs pas en capacité de les renseigner.

Le CPT a insisté auprès des autorités françaises pour que les patients « bénéficient toujours d'une information appropriée sur le déroulement de l'hospitalisation et les voies de recours, et ce dès l'admission ou dès que leur état le permet ». Il recommande « d'améliorer la lisibilité des informations sur leur situation juridique, leurs droits et les voies de recours disponibles » et de « veiller à ce que les patients puissent bénéficier d'explications de la part de personnes chargées de les assister ». Enfin, toujours selon le comité, « dans les cas d'admission en soins psychiatriques sur demande d'un tiers, il importe également d'informer systématiquement les tiers demandeurs des différentes étapes de la procédure de soins sans consentement ». A ce propos, une décision de mainlevée de soins sans consentement, sur décision du préfet a été prise par le JLD de Paris<sup>928</sup> le 9 octobre 2012. Il s'agissait de l'internement d'un jeune homme ayant fait l'objet, dans un premier temps, d'une interpellation par la police, puis d'une décision d'hospitalisation au cours de la garde à vue. La mainlevée est intervenue sur des moyens qui confortent la jurisprudence de plus en plus importante, sur l'obligation d'information des personnes sous contrainte psychiatrique, à propos de leur situation juridique, sur leurs droits de recours et sur le recueil de leurs observations sur la mesure envisagée. En l'occurrence, il était impossible de savoir au vu du dossier, si le patient avait été informé du projet de sa prise en charge, et mis à même de faire valoir ses observations, par tous moyens et de manière appropriée à son état. Il n'y avait pas de traces d'information relative aux droits spécifiés à l'article L.3211-3 du CSP. Au vu de cette décision, nous pouvons déduire que la situation spécifique d'une personne atteinte de troubles mentaux, impose une procédure d'information exactement définie. A cette fin, le ou les débiteurs doivent être clairement et expressément désignés, et une réitération régulière de l'information doit être réalisée.

L'absence d'information probante du patient sur la mesure qu'il subit, ainsi que l'absence du recueil de ses observations, sur chacun des renouvellements de la mesure, sont des moyens fondamentaux à soulever devant le juge. Ils recourent l'obligation générale en matière de droit médical de l'information sur les traitements eux-mêmes et leurs effets. De plus, la loi du 5 juillet 2011 n'est plus une loi sur l'hospitalisation, mais bien une loi sur les soins eux-mêmes. L'information sur les traitements eux-mêmes, qui est distincte de la question du consentement, peut également constituer un moyen utile à soulever.

---

925 Loi n°2007-1631 du 20 novembre 2007, relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile. JORF n°270 du 21 novembre 2007 page 18993 texte n° 1 et décret n° 2008-702 du 15 juillet 2008 relatif au droit d'asile. JORF n°0165 du 17 juillet 2008 page 11403 texte n° 21.

926 DERNE. L, « André VALLINI, l'ancien président de la commission Outreau, a rencontré le monde judiciaire, hier, à Tulle », 13/04/12, *lamontagne.fr*

927 Conseil de l'Europe, rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 28 novembre au 10 décembre 2010, publié le 18 avril 2012, paragraphe 189.

928 TGI de Paris, Ordonnance du JLD, 9 octobre 2012, n° 12/02402.

Le moyen du défaut d'information est désormais appelé à connaître des prolongements indemnitaires indépendamment des décisions de mainlevées. Le défaut d'information peut générer une perte de chance de se préparer à des effets particuliers. En matière d'information, le juge administratif s'est récemment aligné sur la jurisprudence de la Cour de cassation. A propos d'interventions chirurgicales, le Conseil d'Etat<sup>929</sup> a retenu un considérant de principe disposant qu'« indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus, ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir, du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles ». Selon la Haute juridiction administrative, le « manquement des médecins à leur obligation d'information engage la responsabilité de l'hôpital dans la mesure où il a privé le patient d'une chance de se soustraire au risque lié à l'intervention en refusant qu'elle soit pratiquée [...], c'est seulement dans le cas où l'intervention était impérieusement requise, en sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus, que les juges du fond peuvent nier l'existence d'une perte de chance ». Cette jurisprudence est éclairante sur deux aspects et transposable à certaines situations connues en psychiatrie. Dans un premier temps, dans le principe des soins libres, le psychiatre doit informer le patient des effets secondaires de son traitement. Les traitements psychotropes comportent des risques pour le confort de vie et la sécurité du patient. A titre d'exemple, les traitements neuroleptiques auront une incidence sur la libido, la prise de poids et la vigilance ainsi que sur la fonction cardio-vasculaire, autant d'effets auxquels le patient va devoir s'adapter. Si le patient ne bénéficie pas des informations requises dans ce sens, le psychiatre pourra être reconnu comme fautif, ouvrant la voie à l'indemnisation du patient. *A contrario*, cette jurisprudence semble avoir peu d'incidence sur les soins psychiatriques sans consentement, puisque l'information du patient répond dans ce cas à des exigences spécifiques. Dans une décision du 24 septembre 2012, le Conseil d'Etat<sup>930</sup> a statué sur les situations non urgentes et sur celles d'impossibilité de consentir. En dehors de cette situation, la réalisation d'une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti, oblige l'établissement responsable à réparer le préjudice moral et toute autre conséquence dommageable de l'intervention. On pourrait en déduire que les soins sans consentement, indépendamment du cadre d'information spécifique prévu par la loi, répondent à un critère d'urgence. A ce titre, les soins pourraient être imposés dans un premier temps, sans que l'on puisse retenir de faute pour défaut d'information, permettant de reconnaître un préjudice. Cette interprétation paraît correcte, sauf si une mainlevée intervient sur la base d'un défaut d'information initial. Suite à la mainlevée, la personne peut alors demander la réparation des conséquences dommageables de la contrainte aux soins, devant le tribunal de grande instance compétent. Elle pourra invoquer, dans ce cas, un préjudice lié non seulement à la privation de liberté, mais également à l'administration de traitements forcés pendant cette même période de privation de liberté. L'administration forcée d'un traitement neuroleptique, pendant quinze jours, constitue vraisemblablement un préjudice réel, si une mainlevée intervient et sanctionne une décision initiale de soins illégale. Selon le juge administratif, statuant en référé, l'appréciation de la nécessité des décisions des médecins, ainsi que la capacité de ces personnes à y consentir, sont étroitement liées au du bien-fondé des mesures elles-mêmes<sup>931</sup>. Selon les juges du Palais royal, l'unification du contentieux global de l'internement devant le juge judiciaire, vaut pour la privation de liberté d'aller et venir et également pour l'administration forcée d'un traitement.

Outre les informations médicales, le patient doit désormais bénéficier d'informations générales initiales à l'entrée dans les soins. Il doit également bénéficier d'informations complémentaires, en fonction de sa situation. C'est le cas à la fin de la période d'observation, lors de toute modification de prise en charge puis au sixième jour, s'il doit être ensuite auditionné par le juge. Selon les termes de la commission des

---

929 CE, 10 octobre 2012, n° 350426, publié au recueil Lebon.

930 CE, 24 septembre 2012, n° 336223, mentionné aux tables du recueil Lebon.

931 CE, juge des référés, 16 juillet 2012, n° 360793.

affaires sociales de l'Assemblée nationale<sup>932</sup>, la responsabilité de délivrer l'information devrait incomber aux psychiatres pour les informations à caractère médical, et au préfet ou au directeur d'établissement pour les informations à caractère administratif. La commission a toutefois rappelé qu'« il était très probable » que, dans la pratique, toutes les informations seront fournies au patient par l'équipe soignante assurant sa prise en charge. Les parlementaires n'ont pas dépassé le stade du conditionnel et des probabilités. La loi et le règlement restent muets sur la personne à qui incombe cette information. Le site Internet du ministère de la santé précise tout au plus qu'« il appartient aux établissements de santé de protocoliser, s'ils le jugent nécessaire, les modalités de délivrance de l'information au patient ». L'idée du législateur était que ces informations seraient données au patient au cours de ses entretiens avec son psychiatre ou avec un membre de l'équipe soignante [...] ». En conséquence, ces modalités juridiques restent très délicates à mettre en œuvre. La difficulté a trait à la complexité de l'information à donner, mais également aux troubles cliniques du patient, qui est censé la recevoir. L'article R.3211-7 du CSP précise que la procédure judiciaire est ici régie par le Code de procédure civile, sous réserve des dispositions particulières prévues au CSP. Cependant, la formation des professionnels médico-soignants est très insuffisante en matière de droit. En règle générale, ils ignorent les grands principes procéduraux du procès et de l'accès au juge. Face à cet état de fait, il n'y a pas d'orientations des politiques publiques visant à permettre aux établissements de s'adapter. La présence de professionnels à double formation soignante et juridique est encore rare et trop souvent liée à des circonstances locales.

Une ambiguïté lourde n'est pas tranchée, quant à la qualité du débiteur de l'information, dans des procédures de soins prononcées sur la base de décisions médico-administratives. Comme dans la loi de 1990, la loi prévoit de manière explicite une obligation d'information. Par contre, elle ne prévoit pas ce qui relève du pouvoir administratif ou du pouvoir médical en vue d'information liée à la judiciarisation. Il s'agit là d'une carence importante, puisque l'essentiel des jurisprudences de mainlevée, des mesures de soins, est prononcé sur des défauts de procédure, et en particulier du défaut d'information. Sans adaptation à terme, le risque est grand de voir annulées des mesures illégales sur leur forme, alors qu'elles ne sont pas abusives car médicalement fondées. Il reste à déterminer clairement si le débiteur de l'information est le directeur ou le représentant du préfet, le médecin, le cadre soignant ou l'avocat. La jurisprudence administrative et le Conseil d'Etat<sup>933</sup> fournissent déjà une réponse en précisant que « l'autorité administrative, lorsqu'elle prend à l'égard d'un aliéné une mesure de placement d'office, doit, [...] une fois la décision prise [...], informer le plus rapidement possible de ces motifs l'intéressé, d'une manière appropriée à son état ». Le préfet est donc débiteur lorsqu'il est décisionnaire de l'admission. Par extension, cette obligation d'information, qu'elle soit directe, soit déléguée, incombe au directeur d'établissement décisionnaire. Pour pallier à cette situation, le Syndicat de la magistrature a préconisé la généralisation de points d'accès au droit, dans les établissements psychiatriques.

L'ADESM recommande de renforcer la qualité de l'information des patients relative à la garantie de ses droits fondamentaux pour éviter qu'ils soient désarmés devant l'appareil judiciaire. Elle encourage les établissements et les soignants à bien préparer et informer les patients sur les raisons de voir le juge par une information préalable, pratique et adaptée. Pour l'association, il est indispensable d'informer les professionnels parties prenantes en développant des formations croisées entre les professionnels du soin et du droit. L'APHP a considéré dans son règlement intérieur que « l'obligation d'information incombe à un membre de l'équipe pluridisciplinaire qui prend en charge le patient ». Elle précise qu'un médecin, un membre de l'équipe soignante ou également un membre du personnel administratif, préalablement formé dans cette perspective, peut être amené à porter cette information<sup>934</sup>. Le plan Santé Mentale 2011-2015 souligne quant à lui que « les droits des patients doivent être une priorité ».

---

932 Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 mars 2011.

933 CE, 28 juillet 2000, n° 151068, publié au recueil Lebon.

934 Droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sous contrainte. Direction des affaires juridiques de l'APHP (Fiche établie en mars 2012).

Pour cela, « l'accès aux droits et l'exercice des droits des usagers doivent être garantis en améliorant la diffusion de l'information, et en prenant un soin tout particulier à la préparation du patient, pris en charge au titre de la loi du 5 juillet 2011, dans ses contacts avec le monde judiciaire, pour que ceux-ci ne soient pas davantage destructurant ». En revanche, dans les dernières recommandations de l'HAS<sup>935</sup> relatives à l'information du patient, figurent plusieurs cas d'exclusion comme les situations d'annonce de dommage, l'information à la personne en fin de vie et les pratiques médicales relevant de la bioéthique. Les soins psychiatriques ne sont pas explicitement exclus de ces recommandations, ce qui pourrait laisser supposer que le cas des soins psychiatriques est bien abordé. Il n'en est rien car l'HAS ignore ce cas de figure qui nous intéresse. Nous regretterons enfin qu'aucune recommandation n'aborde la question du libre choix du praticien de manière plus explicite et plus vigoureuse. Seul le Syndicat de la magistrature, s'est préoccupé de la situation des privations de libertés non encadrées, pour certains patients. L'organisation demande que la compétence du Contrôleur général des lieux de privation de liberté soit étendue aux institutions fermées accueillant des personnes souffrant d'altération mentale telle que la maladie d'Alzheimer. Le syndicat de magistrats préconise également, l'instauration d'une procédure spécifique de recours devant le juge, pour les personnes concernées par ce type de soins.

#### **§4. Vers une procédure adaptée et mieux maîtrisée.**

Par principe, l'audience doit se dérouler au tribunal, sauf s'il existe une salle spécialement aménagée dans l'hôpital. Une réunion organisée par le Centre national de l'expertise hospitalière (CNEH)<sup>936</sup> le 16 octobre 2012, a abordé les problématiques posées par l'application de la loi du 5 juillet 2011. Le juge B. Cathala a défendu, à cette occasion, une position selon laquelle le lieu de justice ne peut être que le tribunal, dans une salle d'audience, avec la solennité que cela implique. Selon le magistrat, « l'hôpital n'est pas le lieu de la justice, de même il ne viendrait pas à l'idée d'aller soigner au Tribunal de grande instance ». Il s'agit de permettre au justiciable de faire la différence entre l'administration et l'autorité judiciaire et d'assurer la publicité des débats. Cependant, les pratiques observées sont le plus souvent exclusives d'une modalité purement pratique et ne répondent pas à une individualisation. Certaines juridictions tiennent les audiences uniquement au tribunal et ne se déplacent jamais, même si le patient n'est pas transportable mais peut être entendu. Certains siègent exclusivement à l'hôpital, parfois au détriment de la publicité, faute d'une salle de justice aménagée pour le public. D'autres juridictions utilisent exclusivement la visioconférence pour répondre à des problèmes de transport. La pire des situations connues est celle où la visioconférence n'est pas utilisée, et où le déplacement du juge et du greffier n'est pas assuré, pas plus que le transport du patient. La juge V. Valton<sup>937</sup> souligne que c'était le cas des Tribunaux de grande instance de Nevers et Montluçon, où le patient n'était jamais présent à l'audience. Elle considère que ces situations sont des contournements de la loi altérant l'effectivité du contrôle du juge. Il y a donc des inégalités dans l'accès au juge suivant le lieu de l'hospitalisation. Si toutefois le patient est présent, la durée moyenne des audiences peut varier de quelques minutes à plusieurs heures. Il y a un écart non admissible entre ceux des patients qui seront entendus, et ceux qui ne verront pas plus le juge que l'avocat. Les magistrats, reconnaissent en revanche et majoritairement, que la visioconférence altère la communication avec l'autre et fragilise le lien entre l'interlocuteur et son environnement<sup>938</sup>. Selon le Président Pillot, « la distanciation induite par la visioconférence, entraîne un affaiblissement de la capacité d'analyse comportementale de l'autre ». Le recours à cette technique paraît donc à exclure pour l'audition de patients atteints de troubles mentaux, car ces litiges nécessitent un contact direct entre les parties et le juge. L'universitaire L. Milano appelle la CEDH à veiller à ce que

---

935 Délivrance de l'information à la personne, sur son état de santé. HAS / Service des bonnes pratiques professionnelles. Mai 2012.

936 « Psychiatrie : De nouvelles attentes d'évolution des soins sans consentement exprimées par les acteurs de terrain », Hospimédia, 17.10.2012.

937 VALTON. V, vice-présidente de l'Union Syndicale des Magistrats, table ronde : « Pour une révision de la loi du 5 juillet 2011 », assemblée générale du SPH, Lyon, 2 octobre 2012.

938 PILLOT. F, Président du tribunal de grande instance de Chalon sur Saône: « La visioconférence. Ethique, modernité, humanité ». Intervention à la conférence des Présidents des Cours d'appel de l'Union européenne sur le thème: les Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) au service de la justice au XXI e siècle, Dijon, 13 au 15 octobre 2011.

la justice reste à la fois humaine et de qualité. Les Etats mis en cause soutiennent devant la CEDH, qu'il n'y a pas selon eux de différence marquante, entre la présence physique du justiciable et sa participation à distance par visioconférence<sup>939</sup>. Ces propos sont particulièrement adaptés aux exigences propres aux audiences de malades mentaux. A l'évidence, la procédure en question devrait proscrire la visioconférence. Ce procédé est contestable en tant que tel et ne paraît pas répondre aux exigences de procès équitable, en général et *a fortiori* dans ce contexte très particulier. En ce qui concerne la présence de l'avocat au plan national, le taux de présence est globalement élevé. Cependant, si certains barreaux ont pu mettre en place des permanences dédiées et spécialisées, le fonctionnement général des permanences et les délais de convocation constituent un obstacle à la connaissance des dossiers et à la rencontre effective de l'avocat avec le patient avant l'audience. La conciliation de la protection du secret médical avec les exigences de la procédure civile s'avère également difficile, notamment au regard de la publicité des débats. Les arguments soutenus sont ici contradictoires. Le milieu médical considère que la publicité nuit à l'intimité de la vie privée du patient. Dans le même temps, pour les juristes, elle garantit les droits de ce dernier, notamment face au juge. La publicité des débats et le principe contradictoire constituent la garantie du procès équitable, car tous les éléments doivent être débattus. Pour V. Valton, de l'Union Syndicale des Magistrats, on considère désormais que le patient est un justiciable comme un autre. Alors, il doit bénéficier de tous ces droits et garanties. La présence du personnel soignant accompagnateur à l'audience est également délicate. Sans être partie à l'audience, ils sont considérés comme des tiers à la procédure. Cette situation est très sensible, le soignant étant partagé entre la relation thérapeutique qui le lie au patient d'un côté, et de l'autre, par les exigences du juge, dans le cadre de ses mesures d'instruction.

Sous l'influence conjointe de la mise en œuvre en pratique et de la jurisprudence, cette procédure civile d'un nouveau type prend progressivement sa place mais il demeure toutefois des « zones d'ombre ». Les personnels de santé doivent s'approprier les nouvelles dispositions et les magistrats doivent se familiariser avec les patients atteints de troubles mentaux. Curieusement, le patient atteint de troubles mentaux qui ne consent pas aux soins, se voit contraint contre sa volonté. Dans le même temps, il se voit reconnaître une capacité à refuser d'être entendu, à faire le choix d'être assisté par un avocat ou à être entendu par visioconférence. Pour leur part, les magistrats contestent la lourdeur et la complexité du formalisme imposé. Le nombre de certificats médicaux devant être établis leur paraît notamment contestable. Ils relèvent des certificats mal rédigés, mal datés et insuffisamment motivés. Ils rappellent à ce propos que la forme est aussi importante que le fond, notamment lorsqu'il s'agit de protection des libertés individuelles. Il est vrai que les irrégularités de forme entraînent obligatoirement la nullité et la décision de mainlevée s'impose alors au juge. En dernier lieu, et même si la mainlevée des soins peut comporter un danger pour le patient ou les tiers, c'est la liberté qui prime pour le juge. Nous avons vu à ce propos que nombre de JLD se sont déclarés globalement compétents sur le fond et la forme avant le 1<sup>er</sup> janvier 2013, marginalisant le juge administratif. De plus, l'unification du contentieux va encourager les avocats dans leur démarche, consistant à soulever de plus en plus de nullités. Si, de ce point de vue, l'allègement du formalisme permettrait d'éviter les annulations de procédure, *a contrario*, comme nous l'avons observé, la diminution du nombre de certificats et avis médicaux constituerait dans le même temps, une baisse des droits dont doivent bénéficier ces patients. Il est même envisageable d'avancer que les différents psychiatres certificateurs ne devraient pas avoir connaissance des autres certificats, pour réaliser une évaluation indépendante et éviter tout soupçon de « conformisme confraternel ».

Le recours facultatif est toujours prévu dans la loi du 5 juillet. Il se caractérise par une certaine facilité de saisine par le patient lui-même ou toute personne qui peut agir dans son intérêt. Les libertés individuelles étant en jeu, la loi permet une formulation variable des réclamations. Cette approche vient d'être confirmée par la CEDH<sup>940</sup> dans une décision non définitive du 19 février 2013 *B c. Roumanie*. En

---

939 MILANO. L., *Visioconférence et droit à un procès équitable*, Revue des droits et libertés fondamentaux (RDLF), 2011, chron. n°8, 16 novembre 2011.

940 CEDH, 19 février 2013, Req n°1285/03, affaire *B c. Roumanie*.



l'occurrence, la requérante internée avait adressé vingt-deux lettres à la CEDH entre décembre 2002 et décembre 2010. Le Gouvernement roumain estimait leur contenu incohérent et ne soulevant aucun grief relatif aux dispositions de la Convention européenne. La Cour a rappelé qu'un grief se caractérise par les faits qu'il dénonce, et non par les simples moyens ou arguments de droit invoqués. En l'espèce, elle a considéré que les griefs de la requérante étaient suffisamment clairs pour être examinés. Le fait que ces griefs aient été présentés par la requérante en même temps que d'autres plus confus n'enlevait rien à leur sérieux. La Cour a considéré qu'« il convient de prendre en compte la vulnérabilité de ces personnes, notamment leur incapacité, dans certains cas, à se plaindre de manière cohérente ». Ce raisonnement développé par les juges de Strasbourg est intéressant, car il prend en compte les éléments de contexte. Il vient clairement renforcer l'exigence d'une vision large des requêtes en vue de sorties immédiates formulées dans les contextes très particuliers des troubles mentaux. C'est cette vision qu'a rappelé le président du Tribunal de grande instance de Montauban, cité précédemment, en ce qui concerne la transmission des requêtes facultatives. La procédure prévue en cas de recours facultatif devant le juge doit impérativement respecter les délais réglementaires. C'est ce qu'a rappelé la Cour d'appel de Paris<sup>941</sup> en ordonnant une mainlevée de programme de soins le 4 mars 2013, après requête facultative. En l'espèce, le JLD d'Evry avait dépassé le délai réglementaire de douze jours qui lui était imparti pour statuer, à dater de l'enregistrement de la requête sur la demande de mainlevée, en violation de l'article R 3211-16 du CSP.

Rappelons enfin que, si l'étude d'impact de la loi du 5 juillet 2011 suggérait la création d'environ quatre-vingt postes de magistrats et autant de fonctionnaires, selon V. Valton, l'année 2012 a vu la création effective de huit postes supplémentaires de magistrats, mais par redéploiement et à effectifs constants. Cet élément quantitatif ne peut être passé sous silence, tant il influence à l'évidence la mise en œuvre concrète de cette nouvelle procédure particulière. Du point de vue du caractère effectif de l'accès au juge, l'enquête du ministère de la Justice<sup>942</sup> réalisée après un an d'application de la loi, montre que 62 409 décisions ont été rendues. Les recours de plein droit (96 % des décisions) ont donné lieu à une mainlevée dans 5 % des cas. Pour les recours facultatifs, les décisions aboutissent à des rejets seulement dans 64,9 % des cas. Ce bilan montre que sur une année, les juges ont estimé que la mesure était injustifiée pour plus de trois mille personnes hospitalisées sous contrainte. Enfin, le chiffre de 0,5 % de saisines tardives, qui concerne près de trois cents personnes, paraît particulièrement inquiétant. Il s'agit des cas où l'administration oublierait de saisir à temps le juge, alors qu'elle en a l'obligation. Le Syndicat de la Magistrature<sup>943</sup> souligne d'ailleurs à ce propos, que l'« on ignore tout d'un éventuel chiffre noir : celui des cas où le juge ne serait même pas saisi ».

Le rapport d'information parlementaire Blisko-Lefrand<sup>944</sup> a évalué la mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011 sur le plan procédural après six mois d'application. Selon le rapport, il faudrait généraliser la tenue des audiences à l'hôpital et en chambre du conseil. Il préconise notamment la signature de protocoles entre les juridictions, les établissements psychiatriques et le cas échéant, les services préfectoraux prévoyant l'organisation des audiences. Les rapporteurs recommandent de préciser, en concertation avec les barreaux, le rôle de l'avocat à l'occasion des recours de plein droit, sur les mesures de soins sans consentement. En effet, la présence de l'avocat est indispensable pour rétablir l'équilibre entre un patient vulnérable qui se trouve face à l'autorité administrative et au ministère public pour permettre une « égalité des armes ». Le rapport, considère le déplacement des juges au sein des établissements psychiatriques préférable, du point de vue du respect de la dignité des patients. Selon le rapport, l'expérience démontre que la tenue des audiences à l'hôpital est possible et n'est pas plus chronophage qu'une audience au tribunal. Les rapporteurs considèrent que la tenue des audiences en chambre du conseil est la seule solution conforme au respect de l'intimité de la vie privée des patients. Ces

---

941 CA de Paris, 4 mars 2013, n°80/2013.

942 Ministère de la justice, bureau des schémas d'organisation, des méthodes et des études, bilan des réponses du quatrième questionnaire sur la mise en place de la réforme des soins psychiatriques, août 2011-juillet 2012.

943 BILHAUT. D, « 3 000 hospitalisations sous contrainte seraient injustifiées », 28/11/2012, lequotidiendumedecin.fr

944 Rapport d'information BLISKO-LEFRAND n°4402 de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale déposé le 22 février 2012.

conclusions ne sont pas forcément partagées par certains magistrats considérant que les audiences foraines mettent à mal l'apparence d'indépendance de l'écoute judiciaire.

Les dispositions législatives et réglementaires, relatives aux soins psychiatriques sans consentement, prévoient l'expression de la volonté du patient, mais n'obligent pas le psychiatre à respecter cette volonté au regard du traitement à administrer. Le recueil des observations et de l'avis du patient constitue seulement une indication. La jurisprudence autour de cette appréciation de la notion de consentement à l'hospitalisation, mais également à un traitement, s'avère fluctuante et incertaine. Une patiente en soins sans consentement a saisi le Tribunal administratif de Rennes<sup>945</sup> à propos de son traitement. Elle a demandé, d'enjoindre à l'établissement de santé, de s'abstenir de procéder à une augmentation du dosage d'un traitement neuroleptique. Selon la patiente requérante, cette mesure portait une atteinte grave et illégale au droit de donner son consentement à un traitement médical, alors qu'elle est en mesure de s'exprimer. Le juge administratif des référés a donné raison à la patiente le 18 juin 2012, considérant qu'elle était en état de s'exprimer et que le refus de soins ne « posait aucun problème particulier au regard de ses risques de survie ». Le juge administratif, s'est appuyé en l'espèce, sur l'article 16-3 du Code civil et sur l'article L.1111-4 du CSP. Pour le juge, se trouver en soins psychiatriques sans consentement, était sans incidence sur la nécessité de recueillir le consentement, alors que la patiente était en état de l'accorder ou de le refuser. Saisi à son tour par le centre hospitalier le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent<sup>946</sup>. Le juge judiciaire<sup>947</sup> ayant décidé de la mainlevée différée s'est également reconnu incompétent, au regard du contenu des soins, et sa position a été confirmée en appel<sup>948</sup>. Cette jurisprudence, vient souligner ici le caractère imprécis de la loi au regard des critères et de la portée du consentement, dans le cadre spécifique des soins psychiatrique.

En résumé, la procédure actuelle devant le JLD est trop fluctuante. Elle répond mal, aux exigences du principe d'égalité, devant la justice. Certes, le Conseil constitutionnel<sup>949</sup> a modulé en 1982 le principe d'égalité, le législateur pouvant régler de façon différente des situations différentes et déroger à l'égalité pour des raisons d'intérêt général. Une loi peut établir des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes dans certaines conditions. Les sages<sup>950</sup> ont réaffirmé en 2012, qu'aux termes de l'article 6 de la DDHC, « la loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Dans le même temps, ils ont rappelé comme en 1982, les limites au principe d'égalité devant la loi. Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général. Pour être considérée par les sages comme conforme à l'article 6 de la DDHC, cette modulation est cependant soumise à des impératifs stricts, d'intérêt général. Il n'est pas du tout certain que les incertitudes procédurales, relatives à l'intervention du JLD, répondent à ces mêmes exigences d'intérêt général édictées par le Conseil constitutionnel. C'est entre autre le cas de la faible fréquence des contrôles systématiques du juge des libertés. Cette fréquence apparaît nettement insuffisante après le quinzième jour d'hospitalisation complète.

## **SECTION 2. CERTIFICATION ET EXIGENCES DE LA HAS RELATIVES AUX RESTRICTIONS DE LIBERTÉ.**

L'article L.161-37 du Code de la sécurité sociale définit le statut de la HAS comme « Haute Autorité de santé, autorité publique indépendante à caractère scientifique dotée de la personnalité morale [...] ». La certification des établissements de santé, sous contrôle de la Haute autorité de Santé, est une exigence incontournable depuis les ordonnances de 1996. La HAS a franchi un pas qualitatif important pour la

945 TA de Rennes, 18 juin 2012, n°1202373, *Madame A. c/ CHS Guillaume Régnier*.

946 CE, 16 juillet 2012, n° 360793, *Centre hospitalier spécialisé Guillaume Régnier*.

947 TGI de Rennes, ordonnance du JLD, 14 septembre. 2012, n° 12/04081.

948 CA de Rennes, ordonnance du 28 septembre 2012, n°12/00228.

949 CC, décision du 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, Loi de nationalisation.

950 CC, décision du 21 septembre 2012, n°2012-271 QPC.

psychiatrie. Elle a enfin inscrit en 2010, le thème de la gestion des restrictions de libertés comme pratique exigible prioritaire, en incluant les recommandations du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Ces nouveaux critères viennent accompagner opportunément l'évolution législative. Cependant, il faut savoir que le processus de certification participe de la volonté d'assimiler la psychiatrie à une discipline médicale comme une autre dans le cadre d'une organisation homogène des établissements de santé. C'est cette logique qui a prévalu depuis 1996, mais la réalité s'est imposée et une approche spécifique commence à voir le jour. Malgré cela l'HAS, dans son approche purement sanitaire d'un « patient alité », ne répond pas à de nombreuses problématiques qui relèvent souvent d'une approche médico-sociale, telle que la vie collective institutionnelle. De ce point de vue, les recommandations de l'ANESM, spécifiques des établissements médico-sociaux, sont beaucoup plus pertinentes. À l'occasion d'un colloque, J-M. Delarue<sup>951</sup> soulignait que « longtemps, d'aucuns ont considéré que privés de leur conscience d'hommes raisonnables, les malades ne pouvaient pas par conséquent avoir conscience qu'ils étaient privés de liberté, donc cette privation n'avait en soi aucune importance ». En matière de protection des libertés individuelles, J-M. Delarue<sup>952</sup> signale enfin que les évaluations et inspections sont nécessaires à l'amélioration des pratiques. Cependant, leur nature administrative ou hiérarchique ne peut avoir les mêmes effets qu'un contrôle indépendant.

### **§1. Les critères existants relatifs aux libertés.**

La HAS dissocie curieusement le critère relatif aux libertés individuelles et celui relatif aux soins sans consentement. Malgré les enjeux consécutifs à la loi du 5 juillet en matière de respect des libertés individuelles, le soins sans consentement ne constituent pas une pratique exigible prioritaire. L'HAS n'aborde pas non plus le respect du libre choix du médecin en psychiatrie. Le propos n'est pas de faire le procès de la certification, mais force est de constater qu'elle manque de pertinence et éloigne trop les soignants de leur rôle essentiel. Les exigences de traçabilités et autres quantifications statistiques induisent en plus des effets pervers. On peut regretter que la démarche qualité, souhaitable en soi, se soit finalement dévoyée en une démarche de conformité cyclique, plutôt infantilisante.

Le Conseil d'Etat qualifie de façon juridique les Recommandations de Bonne Pratique (RBP) en les rendant opposables au médecin à l'occasion de sa pratique. Il a ainsi reproché à un praticien, dans une affaire récente, de ne pas avoir tenu compte « des données acquises de la science, telles qu'elles résultent notamment des recommandations de bonnes pratiques élaborées par l'ANAES (HAS) ». Le 27 avril 2011, le Conseil d'État<sup>953</sup> a confirmé que les recommandations professionnelles de la HAS sont des décisions faisant grief, susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Suite à cette décision, les RBP font désormais partie des données acquises de la science. La référence aux RBP permet désormais d'infliger une sanction à un praticien ou à un professionnel de santé. Il convient toutefois d'être prudent car les travaux de la HAS sont parfois de valeur inégale. Le Conseil d'Etat a certes reconnu une valeur juridique aux recommandations. Il a dans le même temps formulé une exigence d'impartialité et de compétence des experts à l'origine de ces mêmes recommandations. De plus, les travaux de la HAS sont souvent déclaratifs et d'utilité réduite, ils peuvent aussi induire des pratiques juridiquement incertaines, qui sont parfois contredites par les assureurs. L'absence de juristes spécialisés, dans l'organigramme type des établissements de santé, constitue en outre une vraie lacune ne permettant pas aux établissements de prendre la juste mesure des enjeux juridiques. Outre la HAS et le Contrôleur des libertés, l'ADESM propose également d'aider les établissements hospitaliers à bâtir des indicateurs pour mesurer l'efficacité de la prise en charge soignante et de la prise en compte des indicateurs de liberté. Elle préconise de plus de développer des outils de mesure et des indicateurs, pour analyser les changements de pratiques.

---

951 C. CORDIER, « Psychiatrie. Le lieu des audiences des patients soignés sans consentement doit être l'hôpital, pour Jean-Marie Delarue », HOSPI MEDIA 26.11.12.

952 « Le contrôleur général des lieux de privation de liberté demande à intervenir aussi dans les Ehpad ». (APM), Paris, 25 février 2013.

953 CE, 27 avril 2011, n° 334396, Association pour une formation médicale, publié au recueil Lebon.

Le critère 19.d du manuel de certification de la HAS est spécifique des soins et de l'hospitalisation sans consentement. L'objectif de ce critère, est d'évaluer les conditions de prise en charge des personnes, en hospitalisation sans consentement. Il est notamment rappelé que la personne hospitalisée sans consentement doit être informée, dès l'admission et par la suite, de sa situation juridique, de ses droits et de son état de santé. Les patients sont informés de leurs droits et des missions de la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRU). L'information sur les modalités de l'hospitalisation et les possibilités de recours doit être organisée et les procédures d'hospitalisation sans consentement doivent être définies. Ces modalités doivent de plus être évaluées et des actions d'amélioration mises en œuvre. La Commission des relations avec les usagers doit être tenue informée de l'ensemble des dysfonctionnements éventuels. Il s'agit de tous les événements, survenus au cours du processus d'hospitalisation, sans consentement. Cette dernière doit enfin être informée des visites de la Commission départementale des soins psychiatriques. Ce critère se situe *a priori* hors périmètre de la Pratique exigible prioritaire, mais il aurait du à l'évidence prendre toute sa place. Le Critère 1.d du manuel de certification est plus général et concerne la politique des droits des patients. Ainsi, le respect des droits des patients doit être inscrit dans les orientations stratégiques de l'établissement. Une sensibilisation ainsi qu'une formation des professionnels à ces modalités d'hospitalisation doit être mise en place. A ce titre, des actions d'évaluation et d'amélioration, en matière de respect des droits des patients, doivent être mises en œuvre en lien avec la CRUQ. Il est à noter qu'à ce jour, la HAS fait toujours référence à la loi de 1990 dans ces documents. Elle est depuis restée muette en termes de recommandations depuis l'adoption et la mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011.

## **§2. La gestion des restrictions de liberté, pratique exigible prioritaire (PEP) imposée par la HAS.**

Ce critère 10.e est relatif au respect des libertés individuelles et à la gestion des mesures de restriction de liberté. Il a été introduit en 2010 par la HAS, pour adapter enfin la démarche de certification à la prise en charge psychiatrique. Il reprend les recommandations *in extenso* du Contrôleur général des lieux privatifs de liberté. Certaines situations cliniques nécessitent des mesures ponctuelles de restriction de liberté, pour des raisons de sécurité, ou pour des motifs thérapeutiques. Les projets médicaux sont sensés identifier les situations nécessitant une restriction de liberté, en particulier de la liberté d'aller et venir. La HAS entend sous ces termes l'isolement et la contention, mais également la limitation de contacts, des visites et le retrait des effets personnels. Toute décision de ce type doit faire l'objet d'une décision médicale avec un protocole précis. La prescription doit être motivée, concertée, expliquée à la personne dans une perspective de recherche de consentement. Ce type de décision doit de plus être réévalué et mentionné expressément au dossier du patient. La gestion des mesures de restriction de liberté, intégrant la conciliation des principes de liberté et de sécurité, mais aussi de bienveillance et de respect de la dignité du patient, doit reposer sur une réflexion menée au plan institutionnel et déclinée au niveau des pratiques médicales et soignantes. Le respect des bonnes pratiques en matière de préservation des libertés individuelles et en matière de restriction de liberté doit être évalué à périodicité définie. À ce titre, cela implique différentes structures de l'établissement, telles que CME, CRU ou comité d'éthique. Cela implique bien sûr la sensibilisation et la formation des professionnels concernés qui doit être assurée et régulièrement évaluée. La promotion du respect des libertés individuelles doit aussi être intégrée dans les projets de l'établissement et des actions d'amélioration portant sur la préservation des libertés individuelles et sur la gestion des mesures de restriction de liberté doivent être mises en œuvre. Selon la HAS, le respect des droits à l'information et au consentement doit être un objectif essentiel pour les établissements et les professionnels. Ils sont tenus de mettre en place des organisations pertinentes destinées à faciliter leur exercice. Dans la réalité, I. Robineau-Fauchon<sup>954</sup> a pointé un risque de perte de sens des jeunes professionnels, lié à la procédure de certification. Ils vivent la qualité comme une contrainte extérieure de conformité, sans rapport avec les pratiques. Pour la qualitiennne, il y a nécessité impérative de lier la démarche qualité à la clinique. Un espoir peut être cependant fondé sur les nouvelles missions confiées aux commissions médicales d'établissement,

---

954 « Droits des patients en psychiatrie: la démarche qualité confrontée à la montée de la contention », (APM), Vendredi 9 décembre 2011.

relatives à la lutte contre les événements indésirables associés aux soins. Ceci devrait obliger les médecins à se pencher davantage qu'auparavant sur l'exercice des droits des patients. A ce propos, nous pouvons regretter que les pouvoirs publics ne fixent toujours pas d'exigence envers les institutions psychiatriques, afin qu'elles se dotent de points d'accès au droit au bénéfice des usagers et de leurs proches.

Le 18 juin 2009, le Contrôleur général des libertés a rendu publiques les recommandations relatives aux établissements psychiatriques qui devront être intégrées dans les pratiques. Il recommande que les personnes hospitalisées sans leur consentement bénéficient de façon rapide et homogène pour l'ensemble de l'établissement d'informations relatives à leurs droits et voies de recours prévues par la loi sous une forme adaptée et accessible. La liberté de correspondance, des malades hospitalisés sans consentement, ne peut être remise en cause, y compris pour répondre à des objectifs de soins et de protection des personnes. L'accompagnement des malades hospitalisés sans consentement doit être intégré dans l'organisation des services. Ceux-ci doivent être en mesure de prendre part aux activités thérapeutiques aussi régulièrement que leur état de santé le permet. Le Contrôleur précise que « les personnes hospitalisées sans leur consentement doivent bénéficier de façon rapide et homogène pour l'ensemble de l'établissement d'informations relatives à leurs droits et voies de recours prévues par la loi sous une forme adaptée et accessible ». Il apparaît enfin regrettable qu'aucune suite ne soit donnée aux conclusions de divers rapports en ce qui concerne les disparités géographiques de mises en place de soins contraints. L'enquête de terrain réalisée en 2004<sup>955</sup> avait révélé l'existence de disparités fortes entre départements dans la mise en œuvre des dispositions du code de la santé publique relatifs aux hospitalisations sous contrainte. A ce titre, l'exigence de création d'un observatoire national des soins psychiatriques contraints paraît toujours d'actualité. Il s'est également inquiété des différences de règles qui existent entre unités qui dépendent d'un même établissement. Le contrôleur<sup>956</sup> a souligné les différences de règles qui existent entre unités d'un même établissement. Ces différences résultent souvent de la volonté d'un responsable d'unité qui détermine un régime particulier. S'agissant des droits des malades, ceci n'est pas satisfaisant et selon le contrôleur, il doit y avoir des régimes identiques, sauf si la nature de la maladie s'y oppose.

La Haute autorité de santé n'envisage pas explicitement la liberté au regard de la sexualité en tant que composante de la vie privée. L'article L.3211-2 du CSP précise que la personne en soins psychiatriques libres, dispose des mêmes droits, liés à l'exercice des libertés individuelles, que ceux qui sont reconnus aux malades soignés pour une autre cause. De plus, cette modalité de soins doit être privilégiée lorsque l'état de la personne le permet. Cependant, aucun texte ne précise le champ des libertés individuelles reconnues aux patients hospitalisés en général. Pour les situations de soins psychiatriques sans consentement, il resterait à déterminer ces restrictions de liberté. Celles-ci doivent être rendues nécessaires par l'état de santé et la mise en œuvre du traitement, selon les termes de l'article L.3212-3 du CSP. Le droit énoncé précédemment par le juge administratif bordelais, vient seulement préciser qu'aucune interdiction d'activité sexuelle à caractère général et absolu ne peut être instaurée. La question est dès lors très ouverte, puisqu'il faudrait déterminer un état de santé et (ou) un traitement incompatible avec des relations sexuelles. Il faudrait également évaluer le degré de consentement à une relation sexuelle de certaines personnes vulnérables. Le contrôleur général des lieux de privation de libertés est très clair à ce propos, et propose d'inscrire cette exigence de protection contre des relations sexuelles non consenties dans la loi. L'obligation de protection des patients, par le personnel soignant, supposerait donc que celui-ci détermine le seuil entre une relation librement consentie entre deux patients et l'abus sur personne vulnérable. Dans cette optique, les soignants devraient décider de la nature de la relation qui serait acceptable et celle qui ne le serait pas, notamment si elle est tarifée, ce qui n'est pas à exclure. Rappelons que, malgré une approche ambiguë, la prostitution est légale en France et que seuls le racolage et le proxénétisme constituent des infractions pénales. Le droit interne,

---

955 IGA-IGG-IGPN, rapport sur les problèmes de sécurité liés aux régimes d'hospitalisation sans consentement, mai 2004.

956 « Le droit à la vie privée peu respecté en psychiatrie (contrôleur général des lieux de privation de liberté) ». (APM), Paris, 21 février 2013.

comme la CEDH dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*<sup>957</sup>, considèrent les pratiques sadomasochistes légales entre adultes consentants. Bien qu'il s'adresse à des lieux de vie, et non de soins, c'est l'article L.311-3 du Code de l'action sociale et des familles (CASF) qui constitue le meilleur support textuel. Il est notamment pertinent pour les établissements comportant des unités de soins de longue durée. Si, dans sa rédaction, la question de la vie sexuelle n'est pas explicite, elle se trouve implicitement englobée dans les droits et libertés qui sont garantis aux personnes accueillies en institution. Le respect de la dignité, de l'intégrité, de l'intimité de la vie privée et de la sécurité sont énumérés expressément. En revanche, le législateur n'intervient pas dans le domaine de la vie sexuelle sauf à fixer un certain nombre d'interdits. *A contrario*, le texte indique ce qui est prohibé, notamment les modes de prise en charge déshumanisants ou bien abusivement protecteurs. Le risque existe, en effet, d'utiliser à l'excès la vulnérabilité réelle des usagers et les responsabilités non moins réelles des personnels. La tendance naturelle des professionnels amplifie la protection au détriment de la promotion de l'autonomie. L'article L.344-1-1 du CASF est issu de la loi du 11 février 2005, traitant de l'égalité des droits et des chances, de la participation et de la citoyenneté des personnes handicapées. Il prévoit que les établissements assurent un soutien permettant le développement des potentialités et des acquisitions nouvelles, ainsi qu'un milieu de vie favorisant l'épanouissement personnel et social. Il ne s'agit pas seulement ici d'instaurer une organisation et un cadre favorable au respect de l'intimité de la vie privée. Dans ce cas, le législateur prescrit également d'agir de manière active pour que les personnes handicapées en tirent bénéfice. Autant dire que le débat éthique est ouvert et il n'est pas près d'être clos. Il faut en premier lieu, que le principe d'acceptation des relations sexuelles entre patients, soit acquis au sein de l'institution psychiatrique. Un fois ce principe acquis, l'approche de ce sujet par chacun est très subjective au vu de sa propre histoire, ainsi que de ses propres références morales. Cela laisse entrevoir de vifs débats à venir entre les membres d'équipes soignantes et éducatives, confrontées à la situation. A l'évidence, comme le souligne P. Bonjour<sup>958</sup>, une réflexion éthique et une confrontation des approches s'imposent *a minima*, car « les problèmes de la vie et, en particulier de la vie affective et sexuelle, ne peuvent se « régler » par des recettes ou des procédures transposables d'une situation à l'autre. La réflexion personnelle, et l'éventuelle prise de risques, sont constitutives d'une posture qui distingue l'humilité de l'homme-éducateur, de la toute-puissance du charlatan ». La pire réponse en l'occurrence, consisterait à prescrire des contraceptifs et à installer des distributeurs de préservatifs dans les unités de soins, tout en ignorant volontairement cette problématique institutionnelle bien réelle.

La pratique religieuse constitue évidemment une composante de la vie privée des malades mentaux. Le Conseil constitutionnel<sup>959</sup> vient de s'exprimer à propos de la laïcité, suite à une question prioritaire de constitutionnalité<sup>960</sup>. Les sages interrogés se sont prononcés sur le caractère constitutionnel du régime concordataire Alsace-Moselle. Ces départements, qui se trouvaient sous l'autorité allemande lors de l'adoption de la loi de 1905, bénéficient d'un régime dérogatoire. La Cour de cassation<sup>961</sup> a également rendu deux décisions particulièrement controversées au regard du respect du principe de laïcité et de neutralité dans des structures prestataires de services. C'est donc l'occasion de réactualiser le droit applicable au regard de la laïcité, d'un point de vue général, mais également dans le contexte particulier des établissements psychiatriques. Les débats parlementaires<sup>962</sup> préalables au vote de la loi du 9 décembre 1905, montrent que le législateur a voulu déroger à la règle de non subventionnement de l'exercice des cultes, en obligeant l'administration à consacrer des moyens financiers pour que les malades et les internés puissent « continuer les pratiques religieuses auxquelles ils sont attachés ». Il s'agissait de prendre en compte la situation particulière des usagers dont le quotidien peut se dérouler totalement dans un établissement public. Le Conseil d'Etat<sup>963</sup> a décidé en 1955, une obligation à la

---

957 CEDH, 22 octobre 1981, Req no 7525/76, affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*.

958 BONJOUR. P, « Vie affective et sexuelle en institution : le mariage impossible et nécessaire entre liberté et responsabilité ? », *Reliance*, 2005/4 no 18, p. 85-91.

959 CC. Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*.

960 Art 61-1 de la Constitution.

961 Cass. ch. sociale -Arrêt n° 536 du 19 mars 2013 (11-28.845) ; 961 Cass. ch. sociale -Arrêt n° 537 du 19 mars 2013 (12-11.690).

962 Débats parlementaires, Chambre des députés, séance du 13 avril 1905, JO p.1396 et suivantes ; rapport au Sénat Dalloz 1906-IV-p.7.

963 CE, 28 janvier 1955, *Sieurs Aubrun et Villechenoux et dame Baudet*. Publié au recueil Lebon.

charge des autorités responsables de ces établissements publics, sur la base des dispositions de l'article 2 de la loi de 1905. Ainsi, « [...] dans les établissements hospitaliers, les autorités préposées à la gestion de ces établissements sont tenues non seulement de ne pas mettre obstacle à l'exercice de leur culte par les malades et les vieillards pensionnaires desdits établissements, mais encore de prendre les mesures indispensables pour permettre à ceux-ci de vaquer, dans l'enceinte même de ces établissements, aux pratiques de leur culte, lorsqu'en raison de leur état de santé ou des prescriptions des règlements en vigueur, ils sont hors d'état de sortir, cette dernière obligation doit se concilier tant avec les exigences du service hospitalier qu'avec les possibilités dont celui-ci dispose[...] ». La législation sanitaire de droit commun trouve clairement à s'appliquer par principe en psychiatrie. Cependant, certaines dispositions sont spécifiquement prévues, notamment en cas de soins contraints. L'article L.3211-1 du CSP dispose que « toute personne faisant l'objet de soins psychiatriques, ou sa famille dispose du droit de s'adresser au praticien ou à l'équipe de santé mentale, publique [...] de son choix, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du secteur psychiatrique correspondant à son lieu de résidence ». Toutefois, la circulaire générale de 2005<sup>964</sup>, relative à la laïcité dans les établissements de santé, précise que ce libre choix doit être exercé par le malade. A défaut il est fait référence à un proche ou à la personne de confiance. En soins libres, l'article L.3211-2 du CSP dispose qu'une personne « faisant l'objet de soins psychiatriques, avec son consentement, pour des troubles mentaux, est dite en soins psychiatriques libres. Elle dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades soignés pour une autre cause [...] ». En soins sans consentement, à propos des activités religieuses, l'article L.3211-3 du CSP, dispose que « lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques (sans consentement) [...] les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. [...] En tout état de cause, elle dispose du droit [...] de se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix. [...] ». La liberté religieuse constitue bien un principe, comme l'ensemble des libertés en cause, mais elle pourra être limitée si elle est incompatible avec l'état mental ou, si elle fait obstacle à la mise en œuvre du traitement requis. Comme le rappelle régulièrement le juge administratif, cette limitation, pour des raisons exclusivement thérapeutiques, devra alors être adaptée, proportionnée, individualisée et régulièrement réévaluée.

### **SECTION 3. LES AUTRES EFFETS.**

Au vu du contexte décrit, il est légitime de penser que des changements interviendront à terme, que ce soit dans le domaine précis de l'expertise ou dans l'organisation globale des soins psychiatriques.

#### **§1. Les évolutions relatives à l'expertise.**

Les liens du malade mental criminel avec la société se situent au carrefour du politique, du social et du juridique. Cette problématique est largement à l'origine de la clinique psychiatrique française actuelle. Il arrive que le malade criminel occupe parfois la rubrique de faits divers très médiatisés. La question de l'irresponsabilité, au titre du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 122-1 du Code pénal, se trouve alors au cœur du débat entre les professionnels de santé, les psychiatres, les magistrats et les associations de victimes. En contrepartie, le malade mental et sa pathologie sont mieux connus, et cela devrait permettre une meilleure mise à distance de l'amalgame qui perdure entre folie, dangerosité, maladie, vagabondage, perturbation sociale et délinquance. De plus, le présupposé qui écarterait le malade irresponsable de la procédure est aujourd'hui dépassé. Reste à savoir si cette comparution devant les victimes a toutefois un intérêt pour le malade, ou si elle répond à d'autres enjeux. Face à cette controverse, le psychiatre devrait se poser la question du sens l'audience et se positionner sans pour autant céder aux pressions sociales. Cela nécessiterait de se coordonner entre spécialistes pour délivrer un message crédible compatible avec les demandes sociales. A l'évidence, la clarification d'un discours psychiatrique cohérent s'avère indispensable, tout comme le positionnement clair des spécialistes près de leurs malades, et à distance de toutes pressions.

---

964 Circulaire n°DHOS/G/2005/57 du 2 février 2005, relative à la laïcité dans les établissements de santé.

La tragédie du Chambon sur Lignon a relancé la polémique sur l'expertise psychiatrique au regard de la dangerosité. Dans le même ordre d'idée, le procès d'assise concernant le meurtre du petit Valentin, a malheureusement illustré par des débats très vifs, la controverse autour de la responsabilité pénale des malades mentaux. Le Dr P. Bensussan fait partie des quatre praticiens qui ont estimé le discernement de Moitoret aboli. L'expert a rendu un rapport, dans le sens d'une abolition du discernement, différent de ses deux confrères, dont il ne partageait pas le diagnostic. Le Dr Bensussan<sup>965</sup> a affirmé avoir subi des « pressions », en vue de retenir seule l'altération du discernement de Moitoret, ceci afin que la famille de Valentin puisse obtenir un procès « à vertu thérapeutique ». Face à l'argumentation de l'expert, Me Collard, avocat de la partie civile, a revendiqué que la responsabilité, même infime, soit retenue dans un discours qualifié par le journaliste de « tendancieux mais efficace ». La suite des débats et l'audition des différents experts fût l'occasion d'un spectacle navrant dont l'image de l'expertise psychiatrique ne sortit effectivement pas grandie<sup>966</sup>. Parmi les experts qui étaient partisans de l'altération du discernement, le Dr Coutanceau a conclu son rapport de manière très insolite, en précisant que « pour l'instant », son collègue avait choisi l'altération. Le Dr Prosper a expliqué, quant à lui, que « l'abolition du discernement est un couperet », alors qu'*a contrario* « l'altération ouvre le champ totalement [...], jusqu'à [...] l'abolition ». Par ces formulations imprécises, les psychiatres, qui sont censés éclairer les jurés, viennent en fait ajouter à la confusion. Reconnu responsable, Moitoret a été condamné à la réclusion criminelle à perpétuité. Son avocat a alors dénoncé la politique judiciaire du Gouvernement et sa volonté de « juger les fous, de les donner en pâture [...] ». Ce dernier rajoutait enfin que « tous les fous (viendraient) ici (devant les assises), alors que depuis le droit romain, on ne juge pas les fous ».

Ces événements tragiques soulignent le rôle central de l'expertise psychiatrique qui est désormais incontournable dans le système judiciaire, alors que dans le même temps, elle est particulièrement exposée à la critique. Aucune formation spécifique n'est encore requise pour se lancer dans l'expertise. L'affaire récente de la « fausse experte<sup>967</sup> », jugée devant le tribunal correctionnel de Toulouse, est également révélatrice de dysfonctionnements graves. En l'occurrence, la défaillance du système a permis de rendre quatre-cent expertises sans vérification préalable des qualifications de l'expert. Concrètement, il suffit toujours pour devenir expert de déposer une candidature qui est ensuite examinée, puis validée par une commission de magistrats. Par la suite, après avoir prêté serment, l'expertise doit rester une activité annexe pratiquée en marge de l'exercice professionnel habituel. Les experts-psychiatres sont alors tenus de répondre à l'ordonnance du juge, sans méthodologie prédéfinie, à des questions sur la santé mentale et la personnalité d'un individu. L'expertise, avec ses limites, se trouve convoquée pour faire face à un diagnostic déjà difficile et à un pronostic impossible. L'enjeu final consiste pourtant à déterminer si la personne peut être jugée responsable de ces actes et susceptible de récidiver. Si la psychiatrie peut identifier des traits de personnalité psychologiques, comme des comportements pathologiques, par contre elle n'est pas en mesure d'établir un pronostic à partir de ces mêmes éléments. Les soins psychiatriques dispensés en prison ne peuvent donc avoir, comme seule finalité, d'identifier et de traiter les troubles mentaux uniquement postérieurs à l'incarcération. Si ces troubles mentaux ont eu un rôle déterminant sur le libre arbitre du délinquant, leur traitement ne peut être envisagé en milieu carcéral. Les soins psychiatriques administrés en détention ne sauraient donc être, en définitive, une modalité de soins d'une pathologie déjà préexistante.

La connaissance médicale doit seulement apporter une contribution à l'analyse générale. Cependant, la mission de l'expert a été orientée progressivement vers une démarche pronostique d'évaluation de la dangerosité criminologique, avec une place essentielle dans le procès pénal. Si dans toute discipline médicale, le pronostic est forcément aléatoire, c'est particulièrement le cas en psychiatrie. L'Académie de médecine préconise l'amélioration de la formation des psychiatres se destinant à la pratique de

---

965 DURAND-SOUFFLAND. S, « Valentin : querelle d'experts aux assises », 09 décembre 2011, *lefigaro.fr*

966 DURAND-SOUFFLAND. S, « Procès Valentin : les experts se contredisent à la barre », 12 décembre 2011, *lefigaro.fr*

967 FORQUÈS. J-W, « Une fausse experte des tribunaux jugée à Toulouse », 14 juin 2012, *Lefigaro.fr*



l'expertise, par l'ouverture d'un diplôme d'études spéciales, de criminologie et de Psychiatrie médico-légale. Ce diplôme serait requis pour les titulaires du DES de Psychiatrie, assorti d'une modalité de tutorat triennal, pour la formation à l'expertise. Pour attirer les psychiatres vers l'expertise, le législateur propose plusieurs mesures, comme un système de bourse pour les internes en psychiatrie. Il reste à savoir si l'incitation financière à se tourner vers l'expertise constituera une mesure pertinente pour les jeunes praticiens. Chacun s'accorde à souligner que l'expérience acquise constitue une composante essentielle de la qualité de l'expertise. Il paraît donc inquiétant d'envisager de projeter des jeunes médecins inexpérimentés livrés à eux-mêmes dans cet exercice hautement sensible. Du côté du monde judiciaire, l'Union syndicale des magistrats propose de limiter les expertises obligatoires et de restaurer l'appréciation de l'opportunité d'une expertise par le magistrat, y compris en concertation avec les parties. Elle suggère enfin de limiter les expertises et leur contenu dans le cadre de l'urgence<sup>968</sup>. Enfin, seule l'autorité judiciaire éclairée par les avis médicaux sollicités, est capable de décider de la responsabilité du sujet et s'il doit être puni ou soigné en établissement de soins.

L'affaire d'Outreau a marqué une évolution très nette au regard de la place de l'expertise et de la compétence des experts dans le procès pénal. Selon le magistrat J-M. Fayol-Noireterre, avant Outreau, les experts étaient les détenteurs incontestés du savoir lors procès pénal. Leurs avis étaient devenus insensiblement un fondement essentiel de la culpabilité. Précisément, l'expertise de crédibilité de la victime intervient sous la forme d'une question. Répondre que l'intéressé présentait des troubles de personnalité de nature à influencer le contenu de ses dires constituait un des éléments fondant la culpabilité de l'accusé ou du prévenu. L'affaire d'Outreau est venue mettre en évidence les erreurs expertales et a remis profondément en cause la crédibilité attestée par l'expert. Désormais, les parties utilisent les conclusions des experts en s'appuyant sur elles, ou en les contestant. Si la contestation porte sur le fond, c'est à dire sur les théories ou sur le contenu, elle peut également porter sur le statut de l'expert. Les expertises sont désormais contestées par les avocats ou le parquet par tous les moyens procéduraux prévus à l'audience. J-M. Fayol-Noireterre reconnaît que cette évolution génère une montée en puissance des théories accusatoires et influence le déroulement des audiences. Ce phénomène peut « surprendre les experts, habitués à plus de déférence vis-à-vis de leur savoir<sup>969</sup> ». Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'ils se prononcent à plusieurs, avec des conclusions très loin d'être unanimes.

L'Académie de médecine<sup>970</sup> a rappelé que la mission première de l'expertise psychiatrique est avant tout un acte de diagnostic. Il s'agit d'« identifier parmi les délinquants ceux dont les troubles mentaux ont participé à la conception et la réalisation d'un acte antisocial dès lors que ces troubles sont totalement ou partiellement amendables par des soins médicaux appropriés ». En ce qui concerne les outils d'expertise, O. Oullier a coordonné un rapport<sup>971</sup> dans lequel il précise que l'imagerie fonctionnelle permet de visualiser le cerveau en action, grâce à la technique de résonance magnétique fonctionnelle (IRMF). C'est la loi de bioéthique du 7 juillet 2011<sup>972</sup> article 45, qui autorise l'utilisation de l'imagerie cérébrale à l'occasion de l'expertise judiciaire. Pour autant, l'imagerie fonctionnelle ne permet pas de faire de lien direct entre l'image et un comportement délictueux. En revanche, l'imagerie anatomique permet de savoir si une personne qui souffre de troubles de la personnalité, souffre par exemple d'une tumeur cérébrale frontale. Cette technique n'est pas exclusive, mais peut venir étayer les éléments cliniques sur lesquels le psychiatre basera ses conclusions. Si cette technique apporte des éléments

---

968 « Penser la justice autrement. Ne pas judiciaireiser la psychiatrie ni psychiatriser la justice », contribution de l'Union Syndicale des Magistrats, 2012.

969 FAYOL-NOIRETERRE. J-M, « L'expertise judiciaire aux assises », J'essaime... pour une autre justice - n° 23 - juillet / sept. 2012. p. 26.

970 Académie Nationale de Médecine, Commission 5 – Psychiatrie et santé mentale. Commission 17 – Éthique et droit et Conseil National des Compagnies d'experts de Justice. Évaluation de la dangerosité psychiatrique et criminologique. Rapport – Recommandations Annexes. Au nom d'un groupe de travail. Sous la direction de J. HUREAU, président, J-P. OLIER et J-C. ARCHAMBAULT, rapporteurs. Rapport adopté le 6 novembre 2012 en Assemblée plénière.

971 RAOULT. D, « Les images du cerveau bientôt convoquées à l'audience. Olivier OULLIER, coordonnateur d'un rapport sur « le cerveau et la loi », explique en quoi l'imagerie cérébrale pourrait éclairer une vérité judiciaire ». 15 novembre 2012, *Le Point.fr*

972 Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, relative à la bioéthique. JORF n°0157 du 8 juillet 2011 page 11826 texte n° 1.

supplémentaires, elle ne constitue pas toutefois une alternative à l'expertise psychiatrique classique. En revanche, une expertise judiciaire basée uniquement sur un entretien clinique qui n'utilise pas la neurobiologie, semble plus exposée aux erreurs. Le recours à l'imagerie cérébrale fonctionnelle ne peut être compatible avec la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable, que s'il existe un consensus scientifique sur sa fiabilité, dans le cadre de l'expertise judiciaire psychiatrique. En cela, le Centre d'analyse stratégique a proposé de préciser la loi de bioéthique ainsi que ses conditions d'application. Il faut envisager un moratoire pour le recours à l'imagerie cérébrale fonctionnelle dans l'expertise judiciaire, tant que cette technique ne répond ni exigences de fiabilité et de reproductibilité, nécessaires pour l'expertise ou la contre-expertise judiciaire. Pour le professeur Ollier, « détecter des signes avant-coureurs de comportements antisociaux ou délictueux, voire dangereux pour autrui, est une chose, le passage à l'acte en est une autre ». Le scientifique rappelle qu'« on ne juge des actes que sur la base de faits et non pas sur la probabilité statistique d'avoir un comportement dangereux sur la base d'une expérience de laboratoire, aussi attrayants en soient ses résultats ».

Selon l'expert psychiatre M. Dubec<sup>973</sup>, certaines affaires judiciaires récentes ont contribué au discrédit de la spécialité psychiatrique. Les débats dans l'enceinte judiciaire ont vu des praticiens s'opposer en référence à des arguments erronés et sans pertinence avec le sujet, pour asséner leur prise de position sur la responsabilité du criminel. Ils méconnaissent la tradition expertale selon laquelle le diagnostic psychiatrique doit toujours être mis en regard du mode opératoire du criminel. Le comportement postérieur à l'acte, selon qu'il est incohérent, ou *a contrario*, habile et dissimulateur, est particulièrement important. La discussion médico-légale doit différencier ce qui est volontaire, caché et organisé, de ce qui est irrationnel, immotivé c'est à dire délirant. Sur ce constat, M. Dubec considère que « les experts n'ont plus le fil conducteur de la connaissance traditionnelle et sont plongés dans une cacophonie qui se situe à la jonction du malaise de leur spécialité et des changements législatifs accélérés et multidirectionnels ». L'expert retient que la défense sociale n'est plus exercée au nom du diagnostic, mais plutôt d'un pronostic incertain sur un fond d'anxiété générale. La distinction ne s'opère plus entre « des individus asociaux violents ou pervers, et des malades dont la dangerosité, rare mais réelle, est d'une toute autre nature, irrationnelle et pathologique ». M. Dubec réfute d'ailleurs le fait de dire qu'un procès permettrait à la victime de « faire son deuil ». L'expert ne doit pas décider de la responsabilité pénale qui relève du seul pouvoir du magistrat. Il se doit en revanche d'éclairer par les connaissances de sa discipline avec le plus de rigueur. L'expert psychiatre observe que la société française « évolue vers une justice sans pitié pour le malade mental qui présente la double façade de l'horreur du crime, dans ses modalités d'exécution et la réelle indigence des capacités psychiques pour l'éclairer ».

La question de l'expertise se pose également, pour les contrôles opérés par le JLD, sur les mesures de soins psychiatriques sans consentement. Les magistrats demandent pour leur part, de pouvoir procéder à des mesures d'investigation, quand cela s'avère nécessaire. Dans les faits, ils peuvent difficilement obtenir un autre avis, faute de trouver un expert indépendant de l'établissement de soins ou de disponibilité dans les délais légaux. Ainsi, paradoxalement, si le juge ne peut recourir à l'expertise, là où elle lui serait utile, il doit l'ordonner là où elle est juridiquement obligatoire, mais sans qu'elle soit forcément nécessaire. Selon V. Valton<sup>974</sup>, depuis la réforme des expertises obligatoires et facultatives sont ordonnées dans moins de trois pour cent des saisines. Les magistrats considèrent d'ailleurs en ordonner moins souvent qu'avant la loi du 5 juillet 2011. De plus, indépendamment des nécessités éventuelles de recours à l'expertise, si la quasi-totalité des mesures de soins sans consentement sont justifiées, de nombreux magistrats s'estiment cependant insuffisamment renseignés par les certificats médicaux pour forger leur jugement. De fait, ils ont tendance à entériner les décisions des médecins alors que pourtant le contrôle du juge doit intervenir en connaissance de cause. En cas d'appel, d'une décision du JLD, l'actualisation de la situation semble également nécessaire au vu des délais d'appel et du temps dont dispose la Cour pour statuer. Pendant ce temps important à l'échelle d'une période de

---

973 DUBEC. M, psychiatre, expert national, « Le malade mental est la cible idéale d'une société craintive », Libération, 30 décembre 2012.

974 VALTON. V, table ronde « Pour une révision de la loi du 5 juillet 2011 », assemblée générale du SPH, Lyon, 2 octobre 2012.

crise, la situation du patient a pu évoluer. Il y a donc un risque certain que la Cour statue de manière inadaptée au vu de certificats obsolètes.

Nous noterons enfin que si l'expertise est critiquable lorsqu'elle est pratiquée, les malades mentaux auteurs d'infractions souffrent surtout très largement de l'absence d'expertise. Près d'un tiers de la population carcérale en détention provisoire en attente de jugement n'a pas nécessairement fait l'objet d'une expertise psychiatrique préalable. De plus, parmi ceux ayant été jugés et condamnés, seuls ceux qui ont comparu devant les assises ont fait obligatoirement l'objet d'une expertise. En matière correctionnelle, la demande d'expertise psychiatrique est laissée à la libre appréciation du juge et le plus souvent absente des procédures en comparution immédiate. Dans ce dernier cas, qui concerne très majoritairement les malades mentaux, si l'expertise est demandée, cela conduit à différer le procès, ce qui s'avère incompatible avec les exigences de traitement en temps réel. La sur-représentation des malades mentaux dans la population carcérale ne concerne pas que les seules conclusions de l'expert psychiatre. Elle interroge le fonctionnement institutionnel de la justice, elle-même soumise à une forte pression de l'opinion, et à des injonctions évidentes des pouvoirs publics. Ce constat vient réduire de manière significative, la remise en cause du Code pénal, ayant introduit la notion d'altération du discernement.

## **§2. Evolution du dispositif global de soins psychiatriques.**

L'hôpital général accueillait les fous et autres sujets jugés nuisibles à la société. La création de l'asile a permis de traiter à part les aliénés, en les nommant malades mentaux. Cela s'est réalisé en liaison avec l'émergence d'un savoir, mais aussi d'un pouvoir psychiatrique. Ce sont une médicalisation de la folie et un repérage des dangers sociaux liés à la folie, qui sont à l'origine de la loi de 1838, relative à l'internement. L'asile se voulait un lieu qui réponde au besoin de défense de la société, mais aussi protégeant les fous. Aujourd'hui, le contexte socio-politique contemporain, particulièrement anxiogène, permet à nouveau une mise à mal de la défense des malades. La dangerosité présumée du fou est remise à l'ordre du jour, et on voit émerger « les anciennes formes indistinctes de disciplinarisation des indisciplinés<sup>975</sup> ». Les malades mentaux et les acteurs de la psychiatrie sont soumis à des influences contraires et à des dispositions qualifiées parfois de « schizophrènes ». Les logiques inhérentes au droit médical et de la santé, se confrontent désormais à des exigences de procédures judiciaires. Il s'agit de la rencontre de deux mondes dont tous les effets sont loin d'avoir été imaginés par le législateur. Cette problématique s'inclue de plus dans un contexte plus large, où la psychiatrie a accepté tacitement un élargissement de son champ de compétence. La prise en charge, à côté des pathologies pleinement psychiatriques, des perversions, psychopathies ou états « limites », caractéristiques des « troubles de la personnalité », génère des demandes d'évaluation et de prise en charge de plus en plus à caractère médico-judiciaire.

La psychiatrie de secteur s'est développée de façon inégale en France entre 1972 et 1990. A partir de 1990, elle a commencé à se dégrader parce que l'Etat ne l'a plus accompagnée, mais a désigné les directeurs d'hôpitaux comme ayant mission de l'organiser. Ce fût un échec, car ces derniers sont exclusivement des gestionnaires. Ils ne sont pas à même d'insuffler la dimension militante qui était à l'origine de la sectorisation. Ainsi, la psychiatrie de secteur n'a pas pu être enseignée, expliquée et soutenue dans ses principes fondamentaux ainsi que sa dimension militante. L'absence de soutien des équipes de secteur par l'Etat, a débuté paradoxalement en 1990, avec la fermeture du Bureau de la psychiatrie du Ministère de la santé. Depuis, la situation s'est dégradée par manque de soutien du ministère et dilutions successives des politiques publiques. Cela a par ailleurs accentué ce mouvement de « facilité » qui, depuis 1990, permet de choisir plus facilement le recours à l'hospitalisation sous contrainte. La loi de 1990 a rendu paradoxalement l'enfermement plus facile et a inversé la tendance à la diminution des internements. Selon le dernier rapport de l'Agence technique de l'information sur

---

975 LE BLANC.G, professeur de philosophie, « Le traitement de la folie, entre le normal et le pathologique », 30 Septembre 2011, <http://www.humanite.fr>

l'hospitalisation (Atih)<sup>976</sup>, l'hospitalisation en psychiatrie a très légèrement augmenté en 2011 (+0,3%). Cependant, l'analyse par mode légal de séjour est rendue difficile par le manque d'exhaustivité des données, puisque ce critère n'est pas renseigné dans un nombre conséquent de séjours (17,6%). Le rapport indique que les hospitalisations libres seraient en légère hausse (+1,7%). En revanche, les hospitalisations à la demande d'un tiers sont en baisse (-10,3%), les hospitalisations d'office également en baisse (-2,4%), tout comme les hospitalisations après déclaration d'irresponsabilité pénale (-5,1%).

P. Paresys, vice-président de l'Union syndicale de la psychiatrie, souligne les progrès ayant été accomplis grâce à la politique de secteur en psychiatrie. Nombre d'équipes ont organisé un accueil, une disponibilité, une écoute dans des lieux ouverts et hospitaliers, dans la cité, au plus près de la population. Aujourd'hui, il s'agit encore de lieux accessibles sans excès de formalité, sans fichage excessif, sans paiement à l'acte et donc hors parcours de soins, pour tous ceux qui le souhaitent. Cet accès direct, autorise celui qui souffre à franchir sans appréhension les portes de la structure. Ce n'est alors que le début d'une mise en confiance, d'une alliance qu'il faudra maintenir et consolider. Grâce à cela, nombre de crises et de contraintes sont évitées. P. Paresys pense que ces acquis seront balayés par la mise en œuvre de cette nouvelle loi qui, selon lui, renforce les représentations stigmatisantes et coercitives de la psychiatrie. Selon lui, les lieux d'accueil et de soins seront marqués par les rapports de forces inhérents à la mise en place de soins contraints en ambulatoire. Cela s'avère contradictoire avec la vocation à être des espaces d'écoute, d'accueil et de prévention. Soulignons pour compléter le propos de P. Paresys, que l'accompagnement social, qui est pourtant une mission de base du secteur, est totalement occulté dans ce texte. Aucun lien n'est établi avec la loi de 2005 relative au handicap et la loi de 2007 qui réforme la protection des majeurs. La France bénéficie pourtant d'un ensemble associant la politique de secteur, et les lois de 2005 et 2007 qui sont censées organiser un appui social complémentaire indispensable. G. Baillon<sup>977</sup> rappelle que « les hommes sont là, les outils sont là, ce qui manque c'est la confiance des médias, des élus pour leur permettre d'établir une continuité, une confiance suffisantes mettant l'humain de chacun de nous, au service de la souffrance de nos proches ». Du point de vue de l'action publique future, la députée J. Fraysse s'est inquiétée de la position du nouveau Gouvernement à propos des soins psychiatriques. Elle a attiré l'attention de la ministre de la santé<sup>978</sup> sur le mémoire étonnant émis par ses services le 6 juin 2012, contre une requête en annulation déposée par le CRPA. Cette requête portait sur le décret, concernant l'application de la loi du 5 juillet 2011<sup>979</sup>, et dénonçait la vision sécuritaire de la psychiatrie portée par ce texte. Le CRPA s'appuyait sur les arguments avancés par les parlementaires de gauche, lorsqu'ils étaient dans l'opposition, conduisant à leur vote négatif. Or, le mémoire, présenté au nom du ministère de la santé reprenait une position sécuritaire identique à celle défendue par l'ancien Gouvernement. J. Fraysse s'étonnait de ce manque de cohérence et demandait donc la position de la ministre concernant ce texte qu'elle avait vivement combattu lorsqu'elle était dans l'opposition. Dans sa réponse, le Gouvernement<sup>980</sup> relevait que la question fondamentale était celle de la révision de la loi et non de ses textes d'application. Le Conseil Constitutionnel a fixé au 1er octobre 2013, la date d'abrogation de certaines dispositions de la loi du 5 juillet 2011. Le Gouvernement convient de la nécessité de modifier la loi avant cette échéance. De plus, pour l'exécutif, l'échéance spécifique fixée par les sages n'exclut pas la nécessité de revoir l'ensemble de la politique concernant la santé mentale et la psychiatrie. La ministre M. Touraine<sup>981</sup> a d'ailleurs fait état, par la suite, d'une loi de santé mentale qui sera nécessaire dans un avenir proche.

---

976 « Psychiatrie: hospitalisations en hausse de 0,3% dans le public et de 3,1% dans le privé (Atih) », (APM), Paris, 2 août 2012.

977 Dr G. BAILLON, psychiatre des Hôpitaux, « Le Syndicat de la Magistrature condamne sans appel le projet de loi sur la psychiatrie. Paris », 2 mars 2011, *blogs.mediapart.fr*

978 Question N°4258 de Mme FRAYSSE Jacqueline (Gauche démocrate et républicaine -Hauts-de-Seine). Publiée au JO le : 11/09/2012.

979 Décret n°2011-846 du 18 juillet 2011 relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques. JORF n°0165 du 19 juillet 2011 page 12371 texte n° 4.

980 Question publiée au JO le : 11/09/2012 page : 4934. Réponse publiée au JO le : 25/12/2012 page : 7768.

981 « Marissol TOURAINE évoque une future loi de santé mentale », (APM), Paris, 16 janvier 2013.

Les dispositions relatives à la sectorisation sont toujours présentes dans la nouvelle loi<sup>982</sup>. Elles prévoient que « chaque établissement autorisé en psychiatrie et participant à la lutte contre les maladies mentales est responsable de celle-ci dans les secteurs psychiatriques qui lui sont rattachés. Il met à la disposition de la population, dans ces secteurs, des services et des équipements de prévention, de diagnostic, de soins, de réadaptation et de réinsertion sociale. Ces services exercent leurs activités non seulement à l'intérieur de l'établissement mais aussi en dehors de celui-ci ». Cependant, dans le nouveau texte, la sectorisation semble mise à mal, car elle est soumise à d'autres dispositions<sup>983</sup>. Ainsi, « pour chaque territoire de santé, le directeur général de l'agence régionale de santé désigne, après avis du représentant de l'État dans le département, un ou plusieurs établissements », sans préciser s'il s'agit d'établissements publics participant au service public ou privés. Selon le texte, sont « autorisés en psychiatrie chargés d'assurer la mission de service public [...] Les établissements ainsi désignés », qui « assurent, par leurs propres moyens ou par voie de convention, la prise en charge [...] des patients atteints de troubles mentaux. La zone géographique dans laquelle l'établissement de santé exerce cette mission de service public est précisée dans le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens [...] signé avec l'agence régionale de santé ». Enfin, les moyens mis en œuvre pour accomplir la mission et les modalités de coordination avec la sectorisation psychiatrique sont sensés être prévus dans le projet d'établissement. La secrétaire d'Etat à la santé de l'ancien Gouvernement a énoncé, en complément, dans une déclaration solennelle<sup>984</sup>, les objectifs du plan santé mentale à venir devant être finalisés fin 2011. Les personnes qui entrent dans la maladie devaient être « aidées et soignées plus rapidement qu'aujourd'hui [...] ». Ce plan devait permettre d'éviter les ruptures de prise en charge et un meilleur accompagnement des aidants. Enfin, les situations d'urgence psychiatrique devaient trouver « en tout endroit du territoire national, une réponse adaptée [...] quel que soit le lieu [...] ». N. Berra a de plus précisé le 27 juin 2011 « que le plan devait constituer un cadre stratégique clair et lisible ». L'intention paraissait louable et chacun pouvait y souscrire, mais nous sommes en droit de nous interroger sur ce nouveau dispositif qui devait s'adapter à une loi déjà votée, dont on sait qu'elle est très fragile et dont l'étude d'impact ne prévoyait aucun moyen nouveau. L'USP n'a d'ailleurs pas caché son scepticisme<sup>985</sup>. L'organisation syndicale a d'ailleurs dénoncé à cette occasion la « mise à mort » du secteur « au nom de la concurrence public/privé ». Pour l'USP, le rapport Fourcade<sup>986</sup> portant bilan de la loi HPST, « enterre cette orientation généraliste au profit d'une dislocation de la continuité du soin que représente le financement structure par structure ». L'USP a de plus dénoncé le transfert des budgets de la psychiatrie publique vers le secteur privé lucratif et le secteur social, lui-même en grande difficulté car soumis à des restrictions drastiques. En termes de bilan, selon la conférence nationale des présidents de commission médicale d'établissement de centres hospitaliers spécialisés en psychiatrie<sup>987</sup>, les objectifs du plan psychiatrie et santé mentale 2011-2015 ont été diversement intégrés dans les projets régionaux de santé. Le plan psychiatrie et santé mentale a été pris en compte, dans vingt des vingt-six régions. Il a fait l'objet d'une prise en compte partielle, voire nulle, dans trois régions. Dans certains cas, le mot « psychiatrie » a même disparu. Certains participants ont d'ailleurs reconnu que le contexte financier très contraint, ainsi que le fait que le plan psychiatrie et santé mentale, n'était accompagné d'aucun budget, faisait douter de l'intérêt de s'investir dans la démarche, en raison du décalage observé entre les intentions affichées et la réalité. Enfin, la territorialité de l'organisation des soins a quasiment occulté le terme de « secteur » du contenu des Plans Régionaux, ce que les présidents de conférence ressentent comme une fragilisation, voire un abandon du secteur.

---

982 Art L.3221-4 du CSP.

983 Art L.3222-1 du CSP.

984 « Psychiatrie - Jean-Yves GRALL chargé de piloter le Plan de santé mentale », 29 juin 2011, [www.Infirmiers.com](http://www.Infirmiers.com)

985 « La mise au pas de la psychiatrie se met en place », communiqué de l'USP, 12 juillet 2011.

986 Rapport au Parlement, Comité d'évaluation de la réforme de la gouvernance des établissements publics de santé Institué par l'article 35 de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, présidé par Monsieur Jean-Pierre FOURCADE, sénateur des Hauts de Seine, Ancien ministre, juillet 2011.

987 MAUDUIT. H, « Le Plan psychiatrie et santé mentale 2011-15 diversement intégré dans les projets régionaux de santé », journée psychiatrie et santé mentale de la FHF, APM, Paris, 7 février 2013.

Il apparaît donc réellement regrettable que l'élaboration de la loi n'ait pas permis de réaliser un bilan de la politique de sectorisation. Si les principes demeurent pertinents, leur application à notre société ne peut plus être celle d'il y a un demi siècle. A l'époque, la notion de proximité géographique s'inscrivait dans le cadre d'une société encore fortement rurale avec des moyens de transport et de communication limités. Aujourd'hui, notre organisation sociale et territoriale est essentiellement urbaine et périurbaine, avec l'apparition de « déserts médicaux ». La sectorisation devrait être adaptée en conséquence et tenir compte de cette réalité. On peut admettre la compétence d'établissements privés, prenant en charge les soins libres, à condition d'être soumis aux principes de service public. Il n'en va pas de même pour les soins sans consentement. Il est difficile d'admettre que la privation de liberté sur demande de tiers, ou en cas de péril imminent, même sur des considérations sanitaires, puisse être décidée par le représentant légal d'une personne morale de droit privé, ou par une personne physique non-fonctionnaire.

### **§3. Un droit à la protection de la santé défaillant à promouvoir.**

Si le droit à la santé ne peut être reconnu, en revanche le droit à la protection de la santé constitue un principe constitutionnel, réaffirmé par les sages dans leur décision du 9 août 2012<sup>988</sup>, concernant un retour à la gratuité de l'aide médicale d'Etat. Le juge constitutionnel a rappelé à cette occasion qu'aux termes du onzième alinéa du Préambule de 1946, la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, [...] ». Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Ces quelques mots sont d'une brûlante actualité pour les personnes atteintes de troubles mentaux. En effet, la surmortalité des patients atteints de troubles mentaux constitue toujours un problème de santé publique qui, pour autant, bénéficie peu des préoccupations de la puissance publique. Le British journal of psychiatry, a fait état à ce propos, en 2012, des conclusions d'un expert du King's collège de Londres<sup>989</sup>. Il dénonçait l'écart de mortalité de vingt ans pour les hommes, et de quinze ans pour les femmes malades mentaux comme le « scandale d'une mort prématurée contrevenant aux conventions internationales pour le droit à la santé ». Une part de surmortalité est consécutive à des modes de vie à risques, comme le tabagisme et les addictions, et à une surmortalité par accidents et suicides. Une large part de cette surmortalité est toutefois imputable aux effets indirects des troubles. C'est le cas des effets indésirables dus aux traitements psychotropes et à leur incidence métabolique, qui génèrent, entre autres, un fort risque cardio-vasculaire. La Cour administrative d'appel de Nancy a ainsi retenu la responsabilité civile d'un établissement, suite au décès d'un patient, consécutif à une poly-intoxication médicamenteuse aux neuroleptiques. La « fausse route » alimentaire, ayant entraîné le décès du patient, constituait un signe précurseur d'une difficulté neurologique. Ce signe d'alerte, aurait dû conduire à demander à minima la consultation d'un médecin somaticien, ou un transfert en établissement de médecine générale<sup>990</sup>. Dans une autre affaire, le Tribunal administratif<sup>991</sup> a sanctionné l'absence de dosage sanguin régulier, chez un patient traité au long cours, par des sels de lithium. Des dommages gravement préjudiciables pour le patient sont intervenus à cause de cette absence de contrôle. Le Tribunal administratif a retenu la responsabilité indemnitaires de l'établissement, en charge du suivi. Cette problématique relative au suivi somatique des patients a cependant fait l'objet d'un début de prise en compte récent par la HAS qui recommande un suivi régulier métabolique et cardiaque de ces patients.

Cette surmortalité est de plus largement consécutive à des conditions de vie difficiles, et en particulier à l'isolement social. Cette disparité majeure en termes d'espérance de vie semble être en définitive le signe persistant d'une certaine forme de délaissement à l'égard des malades mentaux, qui seraient considérés de « valeur inférieure ». Cette négligence des politiques publiques signerait toujours, de

988 CC, décision du 09 août 2012, n° 2012-654 DC, cons 68.

989 COHEN. A, « Le scandale de la mort prématurée des patients psychiatriques », Soins psychiatriques n° 279, mars/avril 2012. p.8.

990 CAA de Nancy, 14 juin 2007, n° 06NC01049 et n° 06NC01112.

991 TA de Cergy Pontoise, 18 novembre 2010, n°0703669.

manière plus ou moins consciente, une forme d'eugénisme diffus et passif à l'égard de cette catégorie de patients. Ces derniers se voient privés en partie, mais durablement, du droit fondamental à la protection de la santé. De ce point de vue, l'exigence d'un examen somatique, dès l'admission en soins, constitue un progrès. Cependant, il ne saurait faire oublier la question de la qualité du suivi médical somatique, tout au long de la maladie. Enfin, la qualité de vie des patients repose toujours sur la place que la société leur réserve, notamment dans l'accès à l'emploi, au logement à la culture ou encore aux loisirs. S'il a insisté sur les modalités de soins, le législateur est resté peu ambitieux à propos des conditions de vie des malades mentaux, en renvoyant les solutions à un énième « plan », dont par expérience, nous connaissons la faible portée. Il y a lieu objectivement de s'interroger sur l'existence d'un délaissement des malades mentaux, qui serait imputable à la puissance publique. Certes, le législateur impose désormais un examen somatique complet à l'admission des patients, mais c'est la jurisprudence qui régulièrement nous rappelle la nécessité d'un suivi somatique efficace. Enfin, si des exigences existent dans le cadre de l'hospitalisation, elles sont très peu présentes dans le cas des suivis ambulatoires. La HAS semble toutefois avoir mieux pris en compte cette problématique somatique concernant les malades mentaux. Le critère *17.b* du dernier manuel de certification considère la prise en charge somatique des patients psychiatriques comme une pratique exigible prioritaire. Selon la HAS, les symptômes psychiatriques peuvent être l'expression d'une pathologie somatique sous-jacente nécessitant un examen médical. L'évolution d'une pathologie mentale peut également amener un patient à adopter une conduite à risques. Il peut s'agir de conduites alimentaires ou encore addictives en lien avec la consommation d'alcool, de tabac ou de toxiques. La maladie mentale peut de même modifier voir masquer l'expression de certains symptômes. Les traitements psychotropes administrés occasionnent enfin des effets secondaires et ont un retentissement fort sur le fonctionnement métabolique. C'est au regard de ce constat que la Haute autorité a renforcé de manière significative son degré d'exigence en matière de suivi somatique. Elle aborde enfin dans le critère *18.a* la continuité et la coordination de la prise en charge des patients. En psychiatrie, la coordination des soins connaît une importance particulière avec la fréquente multiplicité des intervenants. Face à la surmortalité observée, l'exemple d'organisation efficiente des soins psychiatriques gagnerait à être étendue aux soins somatiques et au suivi longitudinal des patients. Ces dispositions, si elles sont adoptées, sont en effet les seules à même de prendre en compte cette surmortalité qui constitue à ce jour un scandale sanitaire diffus.

## CONCLUSION :

La Révolution française a aboli les lettres de cachet en 1790. A partir de 1804, les malades mentaux ont fait l'objet de décisions d'interdiction prévues au Code civil, prises par les tribunaux d'instance ou de décisions des autorités de police. La Charte de 1814 garantissait les droits individuels et l'intervention de l'autorité judiciaire en matière d'internement, mais les aliénés ont toutefois continué à être internés sur décisions de police administrative. Au mois d'août 1830, la Monarchie de juillet a vu l'arrivée au pouvoir de Louis-Philippe, sur fond d'émeutes pro-républicaines. L'ordre devait être rétabli et la loi du 30 juin 1838 sur l'enfermement des aliénés est intervenue dans ce contexte. Cette loi de police et de sûreté se voulait également une loi d'assistance aux aliénés. Ce texte a constitué cependant la première loi spécifique concernant l'aliénation mentale. Pour son élaboration, c'est la conception de l'aliéniste toulousain Esquirol qui a prévalu. Ce dernier considérait que le soin aux aliénés excluait les regards extérieurs. Les aliénés, devaient être confiés aux seules mains des médecins, avec l'appui éventuel des préfets. Le placement des aliénés en France est devenu purement administratif, avec la loi du 30 juin 1838, et il le restera jusqu'à la réforme du 5 juillet 2011. La loi de 1838 a d'ailleurs été contestée comme outil de répression social et politique. Gambetta a proposé en 1870, que l'internement soit confié à un jury populaire, mais ce projet disparaîtra suite à la répression de la Commune de Paris en 1871. Cette volonté politique sera reprise sans succès par Clemenceau en 1906. Un mouvement d'humanisation naîtra en 1945, à partir de la libération et suite aux horreurs de la seconde guerre mondiale. Cependant, la loi de 1838 sera réformée seulement en 1990, sans véritable apport majeur. En 1994, la réforme du Code pénal de 1810, va venir nuancer l'appréciation des troubles mentaux au regard de l'irresponsabilité pénale. Alors que la loi Kouchner relative aux droits des patients, venait d'être adoptée, un tournant sécuritaire va même voir le jour à partir de 2002, sur fond de plusieurs faits divers dramatiques impliquant des malades mentaux. Dès lors, un mouvement de pénalisation des malades mentaux, auteurs de délits, va s'affirmer en parallèle avec la fermeture progressive d'un nombre important de lits de psychiatrie publique.

Les droits des malades mentaux viennent d'être profondément modifiés par plusieurs textes de lois. Il s'agit bien sûr de la réforme de la loi de 1990 par la loi du 5 juillet 2011. Ce texte n'est toutefois pas le seul en question et la réforme de la protection des majeurs de 2007, ainsi que la loi relative au handicap de 2005, influencent également ces droits. Enfin, la loi de 2008, relative notamment à l'irresponsabilité pénale pour troubles mentaux, modifie ces droits dans les situations incluant des infractions pénales. L'ensemble de ces textes récents constitue un faisceau de dispositions aux effets parfois paradoxaux. Ces textes, qui ont des vocations différentes, illustrent la difficulté de concilier plusieurs exigences dans le cadre des soins psychiatriques. Certains textes sont protecteurs des droits et libertés, mais d'autres s'avèrent plutôt libéricides. Les troubles du malade mental, font de lui un sujet de droit particulier, dont la santé devra être d'abord protégée. Cet objectif sanitaire, doit être en plus concilié avec la nécessité de protéger les libertés individuelles, face aux exigences d'ordre public et de sûreté. De fait, la nature des troubles et leur répercussion, vont induire une confrontation spécifique du patient malade mental au droit et au juge, dans plusieurs circonstances. Au nombre des libertés individuelles à protéger, la liberté d'aller et venir et la protection de l'intimité de la vie privée, constituent un enjeu fondamental. Des restrictions à l'exercice de ces libertés vont s'avérer parfois nécessaires, pour des raisons sanitaires, mais également au vu des exigences de sûreté ou d'ordre public. Il appartiendra alors au juge de veiller à ce que ces restrictions soient dans tous les cas strictement adaptées et proportionnées.

De par sa pathologie, y compris en soins libres, le patient malade mental est confronté à un dispositif de soins spécifique. Il se caractérise par une organisation sanitaire géographique dédiée avec un cadre légal mal défini. Le législateur réaffirme le principe du « libre choix » du médecin et des thérapeutes. Cependant, dans les faits le patient reste le plus souvent captif d'une organisation géographique sectorisée, alors qu'elle ne repose plus sur aucun fondement juridique. Ce « libre choix » constitue pourtant un droit essentiel, qui, paradoxalement, suscite peu de contentieux et de jurisprudence. Malgré l'affirmation dans la loi des droits et libertés dont il doit bénéficier, y compris en soins libres, le profil



vulnérable du patient atteint de troubles mentaux va nécessiter également une surveillance renforcée. Cette exigence de surveillance renforcée impose aux professionnels de faire la preuve de leur vigilance devant le juge. En cas de dommages, consécutifs aux troubles mentaux, c'est toujours la jurisprudence qui énonce le droit en matière de responsabilité indemnitaire. A ce propos, le législateur n'a pas retenu, ni même envisagé, de dispositif de réparation des dommages par la solidarité nationale. Enfin, si la responsabilité indemnitaire des professionnels est classiquement en jeu sur, la base d'un défaut d'organisation, leur responsabilité pénale est désormais retenue, en cas de faute caractérisée de mise en danger d'autrui. Dorénavant, les psychiatres et les soignants peuvent être tenus indirectement responsables pénalement, des actes dommageables d'un patient. A ce propos, l'issue définitive du procès du Dr D. Canarelli est attendue avec beaucoup d'attention par tous les protagonistes des soins psychiatriques.

S'il se trouve dans l'incapacité de pourvoir à ses intérêts, le malade mental est confronté au droit en tant que personne vulnérable. Il va alors faire l'objet d'une mesure de protection et le juge des tutelles intervient pour protéger ses intérêts. En réformant la loi de 1968, le législateur a consacré les principes de nécessité, subsidiarité et proportionnalité des mesures de protection. Désormais, le juge des tutelles met l'accent sur l'adaptation des mesures de protection, à chaque profil de personne à protéger. Le législateur a de plus opéré une avancée particulièrement protectrice pour les libertés individuelles en consacrant, par principe, l'autonomie du majeur protégé pour l'exécution de ses actes personnels. Le domicile, les relations personnelles ou le logement sont à ce titre particulièrement protégés comme composants de la vie privée. La tutelle n'est plus considérée comme une « mort civile », puisque le droit de vote est maintenu par principe. Il est cependant regrettable que l'impact de cette réforme ait été sous-estimé, en termes de moyens, car la surcharge de travail des magistrats concernés atténuée fortement dans les faits les intentions du législateur.

Le patient malade mental fait l'objet d'une législation spéciale. Elle est dérogatoire par exception au principe du consentement aux soins. Cet aspect pourtant essentiel du consentement est toutefois peu développé par le législateur. Aucun critère ne vient préciser la nature, ni le champ, ni la portée du consentement. L'ambiguïté reste entière et se voit même majorée quant à la possibilité d'administration forcée de traitements. Aucun dispositif de consentement anticipé ou différé, pourtant déjà en place dans d'autres domaines, n'a été envisagé par le législateur. De même, les incapacités de consentir, liées à certaines pathologies, n'ont pas été abordées. Nombre de patients atteints de troubles cognitifs irréversibles, se trouvent de fait, dans des situations privatives de libertés non contrôlées par le juge. Les conséquences de cette absence de précisions, à propos du consentement, sont visibles dans les statistiques. Les disparités du nombre de décisions de soins sans consentement entre départements perdurent toujours. L'agence régionale de santé Midi-Pyrénées a publié les statistiques de l'année 2012<sup>992</sup> relatives aux mesures de soins sans consentement. Elles montrent que l'application de loi du 5 juillet 2011 n'a eu aucun effet sur ces écarts. Les chiffres, pour cent-milles habitants, démontrent que les départements du Lot, des Hautes-Pyrénées et de l'Aveyron, comptent près de deux fois plus de décisions de soins sans consentement que les cinq autres départements. Il n'existe toujours pas d'étude, permettant de comprendre ce phénomène, alors que manifestement la variabilité de la notion de consentement est au centre des interrogations.

S'il est en principe civilement responsable des dommages qu'il crée, dans le cadre du droit commun, le malade mental peut toutefois faire l'objet de modalités spécifiques d'exonération. C'est notamment le cas des dommages qu'il pourrait créer dans le cadre de soins sans consentement. Dans ces situations et selon les circonstances, c'est soit la responsabilité fautive, soit la responsabilité sans faute de l'établissement de soins, qui pourra être retenue. *A contrario*, s'il commet des infractions, le malade mental va toujours mettre en jeu sa responsabilité pénale. Il sera alors confronté au juge répressif et éventuellement à l'expert psychiatre. En effet, le malade mental auteur d'infraction court un risque important de poursuite pénale, à deux titres. Dans la majorité des situations délictuelles il ne bénéficiera

---

992 Soins psychiatriques sans consentement. Statistiques SDRE-SDT. Région Midi-Pyrénées. Année 2012.

pas d'expertise et sa pleine responsabilité pénale sera généralement retenue. En matière criminelle, il est en revanche confronté à plusieurs experts, mais l'abolition de son discernement est également très rarement retenue, au profit de la seule altération. L'expertise psychiatrique pénale est, par ailleurs largement contestée en France, tant pour sa méthodologie que pour ses résultats.

S'il menace l'ordre public ou compromet la sûreté des personnes, le patient pourra être retenu dans un lieu de soins, sur décision de police administrative. Dans cette hypothèse, le processus de soins est secondaire aux exigences de sûreté et de sécurité publique. S'il présente un danger pour lui-même, il sera également possible de déroger au principe de consentement et de passer outre son refus de soins. Dans ces deux cas, depuis l'intervention du juge constitutionnel, la loi prévoit désormais de contrôler l'opportunité de la privation de liberté par le juge des libertés et de la détention. Cette innovation majeure résulte exclusivement de l'opiniâtreté d'organisations d'usagers et d'anciens malades mentaux. Cependant, si elle constitue une avancée certaine et fondamentale, cette disposition particulièrement novatrice et protectrice reste critiquable. Sur le principe retenu, certains regrettent que le juge n'intervienne seulement *a posteriori*. De ce point de vue, la superposition du contrôle du juge, aux décisions administratives d'admission, vient alourdir et complexifier le dispositif d'admission comme de continuité des soins. L'option d'une judiciarisation totale, *a priori*, des mesures de soins sans consentement, n'a pas été retenue au grand regret de nombre d'acteurs. La compétence attribuée au seul juge des libertés statuant comme juge unique est également critiquée. Ainsi, si la possibilité de conférer une compétence globale au juge des tutelles n'est pas d'actualité, en revanche l'instauration d'une juridiction spéciale de santé mentale a été évoquée. La procédure devant le juge des libertés apparaît également comme restrictive puisqu'elle n'intervient seulement qu'en cas d'hospitalisation complète. L'imprécision de la loi permet également des audiences multiformes et ne permet pas de satisfaire pleinement aux règles de l'accès au juge. Le principe de publicité de l'audience présente enfin un inconvénient majeur, car il induit une atteinte potentielle à la vie privée et en particulier une violation du secret médical. La fréquence du contrôle systématique par le juge est également en question. En effet, si le contrôle intervient assez rapidement au début des soins contraints, en revanche la faible fréquence des contrôles systématiques ultérieurs ne paraît pas satisfaisante. Un contrôle systématique par le juge des situations de patients admis ou séjournant en UMD, s'avèrerait également précieux, au vu de la multiplicité de situations arbitraires, mises en évidence par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Le recours à l'isolement et à la contention, qui représentent les formes les plus coercitives de prise en charge, souffre également d'une absence d'encadrement normatif et de contrôle spécifique.

Le programme de soins sans consentement ambulatoire, instauré par la loi du 5 juillet 2011, constitue l'aspect du dispositif législatif le plus contestable. Le fait de n'être pas soumis au contrôle systématique du juge des libertés se trouve particulièrement critiqué. Le juge constitutionnel a répondu en adoptant une définition ambiguë de ce dispositif. Selon la définition des sages, ces soins deviennent obligatoires mais non contraints, et, à ce titre, la possibilité de recours facultatif au juge des libertés serait suffisante. En adoptant cette définition, les sages ont exclu toute intervention au domicile du patient. En cela, ils ont répondu aux exigences de protection de la vie privée, et en particulier du domicile du patient. En revanche, la situation des patients en programmes de soins qui comportent de longues périodes d'hospitalisation n'est pas satisfaisante. Dans cette hypothèse, le dispositif permet de maintenir une contrainte importante sous forme d'hospitalisation, qui échappe au contrôle du juge de plein droit.

Suite à l'unification du contentieux par la loi du 5 juillet 2011, le juge administratif est écarté de la procédure. C'est le juge judiciaire qui est désormais seul compétent pour connaître du contentieux de l'internement. En matière de mainlevée des mesures, le juge des libertés et de la détention dispose désormais d'une capacité globale d'appréciation sur la forme et le fond. Cela lui permet d'annuler les décisions administratives. Il statue désormais, non seulement sur la restriction de liberté d'aller et venir, mais également au regard de tous les effets induits par les soins sans consentement. Bien que nous ayons peu de recul, l'unification du contentieux doit permettre l'accès simplifié à l'indemnisation des

préjudices liés à la contrainte, par le tribunal de grande instance. L'engagement de la responsabilité indemnitaires des autorités administratives fautives, devrait amener ces dernières à être particulièrement rigoureuses, afin d'éviter tout défaut de procédure. A ces divers titres, l'unification du contentieux de l'internement devant le juge judiciaire, paraît constituer une protection accrue des libertés individuelles du malade mental.

L'autorité judiciaire intervient désormais à divers titres. Le juge judiciaire s'est vu confier une nouvelle mission comme protecteur des libertés, toutefois il continue à assurer les missions préexistantes que lui confère toujours la loi. Cela est rarement le cas, mais le juge répressif doit appliquer certaines sanctions pénales, prévues par le législateur contre les psychiatres ou les directeurs d'établissements. C'est le cas s'ils ne remplissent pas leurs obligations vis-à-vis des patients en soins contraints. Le juge répressif peut intervenir pour protéger le patient en sanctionnant pénalement les responsables de ces détentions abusives. Le Président du Tribunal de grande instance dispose également d'un pouvoir général de contrôle. La loi prescrit toujours qu'il doit visiter les établissements psychiatriques situés dans le ressort de sa juridiction. Cette modalité est peu effective mais en revanche la Commission départementale des soins psychiatriques a vu son rôle renforcé. Cette dernière est tenue de visiter et d'entendre les patients en soins sans consentement et de rendre compte de son activité. Bien qu'elle ne réponde pas aux caractéristiques d'une juridiction, elle comprend un magistrat de l'ordre judiciaire qui la préside le plus souvent. Le ministère public se voit enfin conférer une position singulière de protecteur des libertés à double titre. Le procureur de la République est d'une part informé des admissions et de toutes les décisions relatives aux soins sans consentement. Il est également tenu de visiter les établissements, de rencontrer et d'entendre régulièrement les patients concernés.

Deux autorités administratives indépendantes viennent compléter le dispositif de contrôle des soins sans consentement. La Haute autorité de santé exige une vigilance particulière au regard des situations de soins privatives de liberté. Cependant, ses visites sont planifiées et interviennent tous les quatre ans dans le processus global de certification. Le contrôleur général des lieux de privation de liberté est enfin compétent pour examiner la situation des établissements psychiatriques détenant des patients atteints de troubles mentaux en soins sans consentement. Il dispose à ce titre d'un très large pouvoir de visite et d'investigation. De plus, sa capacité à rendre des recommandations et de les publier au Journal officiel, lui confère une mission essentielle de protection des droits et libertés individuelles de ces patients.

L'information du patient atteint de troubles mentaux n'est pas aisée. C'était déjà le cas à propos des informations relatives aux soins, mais la difficulté est désormais majorée au regard des exigences de la judiciarisation. Le patient doit bénéficier d'une information complète et régulière, à propos de sa situation juridique, de ses droits de recours et de communication. Si cette obligation d'information est positive, car protectrice des droits et libertés des patients, elle occasionne en revanche de sérieuses difficultés à un personnel de santé non rompu à ces procédures. La complexité et l'intrication des formalités médicales, administratives et judiciaires, fragilisent alors le dispositif de soins. Les défauts de procédure constituent en effet, une cause de nullité des mesures de soins, aux conséquences qui peuvent se révéler graves. En l'occurrence, la forme est indissociable du fond, et le juge est toujours tenu de privilégier la liberté. Des décisions de mainlevées de soins peuvent donc intervenir sur des illégalités purement de forme et au détriment de la nécessité de soins. Cette complexité d'une procédure inédite a été relevée par tous les acteurs. Cependant, ni le législateur, pas plus que le pouvoir exécutif, n'ont pris en compte le nécessaire accompagnement de ces nouvelles modalités auprès des professionnels de santé.

La loi du 5 juillet 2011 constitue un texte paradoxal. Si elle représente une avancée importante grâce à l'intervention systématique du juge, elle comporte cependant des inconvénients majeurs. Sur le fond, elle repose sur un parti pris idéologique contestable, qui privilégie toujours le principe de précaution. C'est notamment le cas des admissions et des séjours en unités pour malades difficiles, dont l'arbitraire

a été mis en évidence par le Contrôleur des libertés. Quant à la forme, soit elle ignore, soit elle prend peu en compte les situations concrètes. Pour ces raisons, ce texte est très critiqué par tous les acteurs de la psychiatrie, confrontés à une mise en œuvre particulièrement délicate. La validité de ce texte a été fragilisée par plusieurs censures constitutionnelles dans un bref délai. Outre les dispositions concernant les patients supposés dangereux, qui nécessitent encore l'intervention du législateur, l'interprétation de certaines dispositions par le juge constitutionnel laisse perplexe les professionnels. C'est en particulier le cas, pour la définition des programmes de soins. L'occasion d'adopter une loi globale en santé mentale et de mener à son terme la question de la judiciarisation des soins sans consentement a été manquée. Au contraire, les décisions du Conseil Constitutionnel, non anticipées par les législateurs, se sont empilées sur les orientations sécuritaires, énoncées en 2008 par le Président de la République. Si de nouveaux droits existent pour les patients, notamment le contrôle systématique du juge des libertés et de la détention, ils cohabitent avec des contraintes d'ordre public et de précaution imposées par le ministère de l'intérieur. Ce constat doit cependant être relativisé au vu des tendances observées induites par l'application de la loi du 5 juillet 2011. C'est particulièrement le cas du rôle du préfet qui tend désormais à s'effacer. Ainsi, depuis les derniers changements législatifs, le représentant de l'Etat ne s'oppose quasiment plus aux demandes de mainlevées des psychiatres comme auparavant. Les praticiens ont désormais le « dernier mot » pour mettre un terme aux soins contraints, et c'est le juge des libertés qui intervient en cas de litige. Le préfet garde en revanche un pouvoir accru pour les programmes de soins, puisqu'il lui revient le « dernier mot », sans que le juge intervienne à titre systématique. Les données disponibles ne font pas état à ce jour de réelles discordances entre le représentant de l'Etat et les psychiatres. La Chancellerie n'a pas relevé, à ce propos, de situations nécessitant l'arbitrage du juge des libertés. Les nouvelles dispositions législatives semblent donc induire un effacement de l'autorité administrative et des exigences de précaution au nom de l'ordre public. En contrepartie, les psychiatres supportent une responsabilité accrue, illustrée par la situation inconfortable du Dr Canarelli. En effet, les décisions des juges des libertés les exonèrent peu de leurs responsabilités, dans la mesure où les irrégularités de forme sont le plus souvent sanctionnées d'une mainlevée différée. Il revient alors au seul psychiatre d'envisager la suite de la prise en charge, sous la forme éventuelle du programme de soins, avec l'insécurité juridique qui les caractérise. La situation inédite du Dr Canarelli démontre enfin que le juge répressif n'hésite plus à condamner les psychiatres pour les faits de leurs patients, au titre d'une prise en charge défaillante.

L'accès aux soins, et le suivi au long cours, revêtent également une importance particulière. Si l'on ne peut le qualifier de liberté, l'accès aux soins et à la protection de la santé n'en est pas moins un droit créance fondamentale, qui conditionne largement l'exercice des libertés individuelles. Les statistiques disponibles font apparaître, de ce point de vue, que la précarité sociale conjuguée aux troubles mentaux, génère une surmortalité de ces patients. Cette surmortalité se traduit notamment par des accidents consécutifs à des conduites à risque. Elle est, de plus, souvent majorée par des conduites addictives multiples. La précarité sociale s'associe également aux effets secondaires induits par les traitements psychotropes. Une surmortalité s'ensuit alors, largement accentuée par les pathologies somatiques associées. En la matière, les recommandations de l'HAS relatives à la prévention des troubles cardio-vasculaires, constituent une réponse partielle. Il est cependant regrettable que le texte du 5 juillet 2011, ne fasse pas le lien avec la loi de 2005, en ce qui concerne la précarité sociale. Si la loi de 2005 reconnaît le handicap psychique, elle n'envisage pas pour autant, sa compensation matérielle. Faute de dispositions effectives, adaptées à ce type de handicap, les personnes atteintes de troubles mentaux sont trop souvent réduites à un état réel de « survie » sociale.

Outre les annonces d'évolutions, suite à la décision des sages du 20 avril 2012, le législateur devra obligatoirement intervenir avant le 1<sup>er</sup> octobre 2013 pour clarifier la situation des malades supposés dangereux. En termes de perspectives, la ministre de la santé M. Touraine, annonce une prochaine « grande » loi santé mentale. Celle-ci devrait s'appuyer sur les travaux parlementaires en cours. A ce

propos, l'avocat et député D. Robillard<sup>993</sup> est le rapporteur de la mission sur la santé mentale. Il insiste sur le fait, que la mission qu'il dirige n'aborde pas le sujet de la psychiatrie et de la santé mentale, sous le seul angle des soins sans consentement. Il affirme aborder le sujet, à la fois avec un regard de juriste, mais également à l'aune de son expérience de militant, pour la défense des droits de l'homme. Le profil, comme les intentions du rapporteur, sont encourageants pour l'avenir et suscitent un réel espoir. Il appartiendra alors au législateur de trancher entre deux approches. L'une consiste à aligner l'approche de la maladie mentale sur les autres pathologies, au prétexte de ne pas stigmatiser les patients. L'autre tendance défend une approche spécifique, forte de l'expérience de la sectorisation, et supposée plus protectrice des malades mentaux. Dans la perspective d'une évolution législative, J-M. Delarue, Contrôleur général des lieux de privation de liberté, plaide dans son dernier rapport<sup>994</sup> pour que sa compétence soit élargie aux établissements accueillant des personnes âgées. Effectivement, les personnes âgées, souvent atteintes de troubles ou de déficits mentaux, sont régulièrement privées de la liberté d'aller et venir dans ces établissements, afin d'assurer leur sécurité.

La prise en charge globale des malades atteints de troubles mentaux constitue donc, à l'évidence, une problématique singulière, en particulier au regard de l'exercice de leurs droits et libertés individuelles. Le malade mental occupe une place spécifique face au droit et à la justice. Par voie de conséquence, la psychiatrie, qui est considérée comme discipline médicale à part entière, présente une spécificité médico-légale. Dans la pratique, patients et professionnels se trouvent confrontés à cette spécificité. Les professionnels de santé se doivent de protéger à la fois la santé des patients, en tenant compte des exigences liées à l'ordre public, à la répression des infractions et à la sécurité des personnes. L'enjeu consiste, dans le même temps, pour les professionnels, à garantir efficacement la protection des droits et libertés individuelles des patients concernés. Il s'agit en l'état, d'un exercice difficile, auquel s'efforce de répondre au mieux l'ensemble des acteurs. A l'examen de la situation, de nombreuses questions restent néanmoins posées, et nécessitent une évolution des politiques publiques. L'évolution favorable, du respect des droits et libertés des malades mentaux, doit très peu au pouvoir politique. Ce sont les malades eux-mêmes, s'appuyant sur le juge européen, constitutionnel et interne, qui en sont les principaux acteurs. Ces évolutions nécessaires, ont dû cependant être partiellement prises en compte, par les pouvoirs publics. Elles sont considérées comme indispensables, et particulièrement attendues, par l'ensemble des professionnels, appelés à intervenir à divers titres, auprès des personnes atteintes de troubles mentaux. En revanche, la loi et le droit ne peuvent pas tout prévoir. La recherche des nécessaires équilibres est indispensable, elle doit reposer sur une réflexion éthique permanente, de tous les acteurs concernés.

---

993 « Le rapporteur de la mission d'information sur la santé mentale et l'avenir de la psychiatrie de l'Assemblée nationale, Denys ROBILIARD (PS, Loir-et-Cher), compte rendre ses conclusions en juin, a-t-il déclaré jeudi à l'APM ». APM, Paris, 24 janvier 2012.

994 CGLPL - Rapport annuel d'activité 2012 - dossier de presse. Cahier 6. Les établissements pour personnes âgées dépendantes : lieux de privation de liberté ?

## Table des matières.

Sommaire.....	6
Introduction.....	8
Partie 1 : Un long amalgame entre trouble mental et dangerosité.....	18
<b>Titre 1 : L'approche historique du traitement des malades mentaux.....</b>	<b>20</b>
<b>Chapitre 1. L'évolution de l'aliénisme à la psychiatrie.....</b>	<b>22</b>
Section 1. Le sort des malades mentaux de l'Ancien régime à la Révolution.....	22
§1. Du Moyen-âge au siècle des « lumières ».....	22
§2. Du « siècle des lumières » à la Révolution de 1789 : folie et ordre public.....	23
§3. La Révolution de 1789 : le rôle majeur de P. Pinel.....	24
Section 2. De La Monarchie de juillet a la seconde guerre mondiale.....	26
§1. La Loi « Esquirol » de 1838.....	26
§2. La seconde guerre mondiale.....	30
A. Eugénisme et troubles mentaux.....	30
B. Les malades mentaux sous le régime de Vichy.....	33
C. L'attitude du corps médical.....	34
Section 3. De la libération à nos jours.....	37
§1. La sectorisation : une approche humaniste de la maladie mentale.....	38
§2. Les progrès de la pharmacologie : les psychotropes, une découverte majeure.....	41
§3. La réforme du 3 janvier 1968, les incapables majeurs et la création du juge des tutelles.....	42
§4. La santé mentale, des « trente glorieuses » à la mondialisation néolibérale.....	42
<b>Chapitre 2. L'évolution juridique de l'Irresponsabilité pénale pour troubles psychiques.....</b>	<b>46</b>
Section 1. Historique du principe d'irresponsabilité pénale.....	46
§1. Généralités sur la responsabilité pénale.....	46
§2. La responsabilité pénale sous l'ancien régime.....	47
§3. La responsabilité pénale dans le Code pénal de 1810 : l'article 64.....	48
§4. Une remise en cause du principe du « tout ou rien » : la circulaire « Chaumie ».....	49
Section 2. Du non lieu à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de troubles mentaux.....	49
§1. Violences : les malades mentaux plus victimes qu'auteurs.....	50
§2. La protection de la société : une approche positiviste préventive.....	53
§3. L'altération du discernement : l'article 122-1 du Code pénal.....	54
§4. Déclaration de l'irresponsabilité pénale pour altération ou abolition du discernement.....	55
<b>Chapitre 3. L'expertise psychiatrique pénale : de la description à la prédiction des troubles.....</b>	<b>58</b>
Section 1. Les difficultés du juge pénal face aux troubles mentaux ou aux troubles de la personnalité.....	58
§1. Des exemples de faits divers récents et emblématiques.....	59
§2. Nature et difficulté de l'expertise.....	61
Section 2. Concilier la peine et les soins en cas d'Atteinte du discernement.....	67
§1. L'excessive pénalisation des justiciables au comportement altéré.....	67
§2. Soins et peine: des logiques difficilement compatibles.....	68
§3. L'hospitalisation d'office après déclaration d'irresponsabilité pénale.....	71
<b>Titre 2. Un équilibre entre la protection des libertés et le contrôle sanitaire et social.....</b>	<b>74</b>
<b>Chapitre 1. La protection des libertés individuelles au regard du contrôle sanitaire et administratif.....</b>	<b>76</b>
Section 1. Les principes fondamentaux.....	76
§1. Les libertés individuelles garanties par la loi.....	76
§2. La liberté d'aller et venir.....	81
§3. La protection de l'intimité de la vie privée et du domicile.....	82
Section 2. Le principe de précaution : atténuation des principes garants des libertés Individuelles.....	85
§1. Sûreté personnelle et détention arbitraire.....	85
§2. Extension du principe de précaution : l'exemple de la loi de rétention de sûreté de 2008.....	88
Section 3. La vision sécuritaire du pouvoir politique et l'évolution législative.....	93
§1. La conciliation de la sûreté avec le principe de précaution.....	94
§2. L'hyper médiatisation et l'utilisation des faits divers isolés.....	96
<b>Chapitre 2. Surveillance, sécurité et ordre public : bilan de la loi du 27 juin 1990.....</b>	<b>100</b>
Section 1. Les rapports d'évaluation.....	100
§1. La mission IGAS / IGSJ de mai 2005 : un apport essentiel.....	100
§2. Les autres rapports.....	101
Section 2. Le durcissement des politiques publiques et les exigences d'Ordre public.....	103

§1. Le principe de précaution et les politiques publiques.....	103
§2. La privation de liberté individuelle au regard de l'ordre public et de la police administrative.....	106
§3. Le refus de la judiciarisation systématique de l'internement psychiatrique.....	109
A. Une décision administrative du directeur ou du représentant de l'Etat.....	112
B. Une information insuffisante du patient.....	114
C. Un recours au juge défaillant.....	116
§4. Un statut particulier du patient atteint de troubles mentaux malgré la loi du 4 mars 2002.....	117
A. Un droit virtuel au libre choix du médecin.....	118
B. Une information claire et loyale mais adaptée.....	119
C. Un consentement relatif.....	121
§5. Un régime de responsabilité instable.....	122
Section 3. Un raidissement des mesures d'Hospitalisation d'office.....	124
§1. Une première tentative de réforme.....	124
§2. Le discours d'Antony du Président de la République : une orientation sécuritaire assumée.....	124
§3. Le durcissement du pouvoir exécutif : des circulaires contestées.....	126
<b>Chapitre 3. La protection des malades mentaux par le Conseil de l'Europe et la CEDH.....</b>	<b>130</b>
Section 1. Le Conseil de l'Europe protecteur des libertés individuelles.....	130
§1. Le rôle majeur du Conseil de l'Europe et de la Cour européenne des droits de l'homme.....	130
§2. Le principe du droit à un procès équitable.....	132
§3. Protection de la vie privée et inviolabilité du domicile.....	135
§4. Protection des libertés individuelles par la jurisprudence de la CEDH.....	136
§5. Une exigence du Conseil de l'Europe : le contrôleur général des lieux privatifs de liberté.....	141
Section 2. Une procédure garante des libertés individuelles.....	142
§1. L'indépendance du juge condition essentielle de la protection des libertés individuelles.....	142
§2. Le principe procédural contradictoire garanti d'expression du malade mental.....	148
§3. L'indispensable conseil de l'avocat.....	148
§4. Les principes de publicité, et de délai raisonnable, garants d'impartialité et de sûreté.....	149
<b>Partie 2 : La protection des libertés individuelles des malades mentaux : l'Emergence d'une exigence.....</b>	<b>152</b>
<b>Titre 1. L'évolution du droit interne.....</b>	<b>154</b>
<b>Chapitre 1. L'équilibre entre la protection et l'autonomie face au handicap psychique : le juge protecteur.....</b>	<b>156</b>
Section 1. Loi du 11 février 2005 pour l'Egalité des droits et des chances : la participation et la Citoyenneté des personnes handicapées.....	156
§1. Une intention louable.....	156
§2. Une application décevante pour les malades mentaux.....	157
Section 2. Loi du 5 mars 2007 : l'Autonomie et la liberté renforcées pour les majeurs protégés.....	157
§1. Les principes et les limites de la réforme.....	157
§2. Une autonomie préservée pour les actes personnels.....	160
§3. Une disposition nouvelle : le mandat de protection future (MPF).....	163
§4. Les limites procédurales.....	163
Section 3. La responsabilité indemnitaire et les troubles mentaux.....	164
§1. Principe de responsabilité indemnitaire sous l'emprise de trouble mental.....	165
§2. Exception jurisprudentielle : le risque accepté et la responsabilité sans faute.....	165
<b>Chapitre 2. La réforme de 1990 soumise au juge constitutionnel.....</b>	<b>170</b>
Section 1. La Question prioritaire de Constitutionnalité (QPC) : le contrôle de la loi à l'initiative du justiciable.....	170
§1. La Constitution de 1958 : la liberté individuelle, la loi et l'indépendance du juge.....	170
§2. Les censures du juge constitutionnel antérieures à la promulgation de la loi du 5 juillet 2011.....	173
§3. Les conséquences sur la réforme.....	177
Section 2. Les droits du patient : refus de soins et soins sans consentement.....	178
§1. La singularité des soins psychiatriques : une focalisation sur les soins sans consentement.....	178
§2. Les décisions du directeur: procédure sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent.....	185
§3. Les décisions du représentant de l'Etat et (ou) de l'autorité judiciaire : un recul du pouvoir préfectoral.....	190
§4. L'internement psychiatrique : une prérogative de puissance publique.....	192
Section 3. La judiciarisation systématique de l'internement.....	193
§1. Le juge pénal indirectement protecteur de la liberté individuelle du patient.....	194
§2. Un nouveau rôle pour le juge face au malade mental.....	195
§3. L'intervention du juge des libertés et de la détention dans une procédure civile particulière.....	198
§4. Unification de la procédure du contentieux de l'internement et réparation du préjudice.....	199
<b>Titre 2 : Loi du 5 juillet 2011: un texte complexe et fragile.....</b>	<b>206</b>
<b>Chapitre 1. De réelles avancées mais des limites certaines.....</b>	<b>208</b>

Section 1. Evolution et renforcement des droits du patient. ....	208
§1. Un texte profondément remis en cause par le juge constitutionnel après sa promulgation. ....	208
A. La fin des admissions au vu de la « notoriété publique ». ....	209
B. L'exigence de proportionnalité dans les situations exceptionnelles. ....	211
C. Le caractère effectif et la fréquence du contrôle judiciaire. ....	212
§2. L'information difficile du malade mental. ....	214
A. Une information claire et loyale et complète. ....	215
B. Le consentement conditionné par l'information. ....	221
§3. Une évaluation et un suivi clinique plus exigeant. ....	223
§4. Une montée en puissance relative des pouvoirs de la Commission Départementale des Soins Psychiatriques (CDSP). ....	226
Section 2. L'intervention du juge judiciaire garant de la liberté d'aller et venir. ....	227
§1. Protection des libertés individuelles et ordre public : un conflit de compétences entre le juge et le préfet. ....	227
§2. Pouvoir effectif de contrôle du juge des libertés et de la détention : une loi asymétrique. ....	228
§3. La procédure équitable : les limites du champ d'intervention du juge. ....	233
§4. Une audience aux modalités variables. ....	239
A. Le recours à la visioconférence. ....	241
B. La présence de l'avocat. ....	243
C. La publicité des débats. ....	247
D. L'audience du majeur protégé. ....	249
<b>Chapitre 2. De nouvelles dispositions controversées. ....</b>	<b>250</b>
Section 1. Le programme de soins ambulatoire sans consentement: un concept ambigu. ....	250
§1. Un dispositif qui échappe au contrôle du juge de plein droit. ....	250
§2. L'inviolabilité du domicile et du secret médical peu protégé. ....	253
A. La protection du domicile. ....	253
B. La protection du secret médical. ....	254
§3. Un dispositif ambigu d'une grande insécurité juridique. ....	258
A. Un dispositif ambigu. ....	258
B. Une insécurité juridique. ....	261
Section 2. Les restrictions particulières de liberté et le principe de dignité. ....	265
§1. Contention et isolement : des restrictions exceptionnelles de libertés mal encadrées. ....	265
§2. Irresponsabilité pénale et antécédents de séjour en UMD : un droit à l'oubli relatif. ....	269
§3. La sécurisation des données médicales personnelles : un texte silencieux. ....	272
<b>Chapitre 3. Les perspectives : un meilleur équilibre et une clarification. ....</b>	<b>276</b>
Section 1. Les évolutions liées à la judiciarisation. ....	276
§1. Un régime de responsabilité indemnitaire instable toujours partiellement jurisprudentiel. ....	276
§2. Vers une juridiction spéciale de la santé mentale. ....	280
§3. Une information spécifique à l'égard du patient : définir le débiteur de l'information. ....	282
§4. Vers une procédure adaptée et mieux maîtrisée. ....	285
Section 2. Certification et exigences de la HAS relatives aux restrictions de liberté. ....	288
§1. Les critères existants relatifs aux libertés. ....	289
§2. La gestion des restrictions de liberté, pratique exigible prioritaire (PEP) imposée par la HAS. ....	290
Section 3. Les Autres effets. ....	293
§1. Les évolutions relatives à l'expertise. ....	293
§2. Evolution du dispositif global de soins psychiatriques. ....	297
§3. Un droit à la protection de la santé défaillant à promouvoir. ....	300
<b>Conclusion : .....</b>	<b>302</b>
<b>Bibliographie. ....</b>	<b>312</b>





## BIBLIOGRAPHIE.

### OUVRAGES.

- ARNOULD Colette. Histoire de la sorcellerie en occident. *Taillandier*. 1992.
- BADINTER Robert. Les épines et les roses. *Fayard* 2011.
- BALZAC Honoré (de). Eugénie Grandet. *Flammarion*. 1987
- BARBIER Dominique. La dangerosité. Approche pénale et psychiatrique. *Privat*. Toulouse. 1991.
- BARELLA Dominique. Journal d'une justice en miettes. *Hugo doc*. 2006.
- BEAUMANOIR Philippe (de). Coutumes de Beauvaisis. 1283.
- BECCARIA Cesare. Des délits et des peines. *Le Livre de Poche*. 2006.
- BENETON Philippe. Les fers de l'opinion. *PUF*. 2000.
- BONNAFE Lucien. Psychiatrie et politique, l'évolution psychiatrique. *Editions sociales*. Paris.1977.
- BORREL Philippe Un monde sans fous. Editions *Champ social*. 2010.
- BURCHELL. G, GORDON. C, P. MILLER. P. The Foucault Effect. *University of Chicago Press*. Chicago. 1991.
- CARBONIER Jean. Les personnes, personnalité, incapacité, personnes morales. *Droit civil, tome 1, 21ème éd. Paris. P.U.F. Thémis. n° 146*. 2000.
- CARCASSONNE Guy, DUHAMEL Olivier. QPC. *Editions Dalloz*. 2011.
- CARREL Alexis. L'homme, cet inconnu. *Plon*. 1999.
- CHARRIERE-BOURNAZEL Christian. La rage sécuritaire, une dérive française. *Editions Stock*. Paris. 2011.
- CASTEL Robert. L'ordre psychiatrique. *Editions de minuit*. Paris. 1976.
- CIAVALDINI André. Psychopathologie des agresseurs sexuels. *Masson. 2e édition*. Paris. 2001.
- CROUZATIER-DURAND Florence. Fiches de libertés publiques et droites fondamentaux. *Ed Ellipses*. 2011.
- DEBUYST Christian. Le concept de personnalité dangereuse considéré comme expression d'un point de vue. Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique. *Masson. Médecine et hygiène*. 1981. Paris-Genève.
- DELAGE Pierre-Jean. La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité. *Revue de science criminelle*. 2007.
- DELMAS-MARTY Mireille. Libertés et sûretés dans un monde dangereux. *Editions du Seuil*. 2010.
- DUBET François. Les Places et les Chances : repenser la justice sociale. *Le Seuil*. Paris. 2010.
- DUPOND-MORETTI Eric, DURAND-SOUFFLAND Stéphane. Bête noire. Condamner à plaider. *Editions Michel Lafon*. 2012.

DUPUY Olivier. Droit et psychiatrie, la réforme du 5 juillet 2011 expliquée. *Editions Heures de France*. 2011.

FOUCAULT Michel. Histoire de la folie à l'âge classique. *Gallimard*. 1979.

FOUCAULT Michel. Surveiller et punir. *Gallimard*. 1975.

GARAPON Antoine. La raison du moindre État, le néolibéralisme et la justice. *Editions O. Jacob*. Paris. 2010.

GRULIER Jean-Claude. Petite histoire de la psychiatrie allemande. *Editions l'Harmattan*. 2006.

HAURIOU Maurice. Précis de droit administratif, 12e éd. *Dalloz*. 2002.

HEIM Suzanne, GOTZ Aly. Les précurseurs de l'extermination. Auschwitz et les plans allemands pour un nouvel ordre européen. *Editions Hoffmann und Campe*. Hambourg. 1991.

HERSZBERG Catherine. Fresnes, histoires de fous. *Editions du Seuil*. 2006.

LABOURET Olivier. Le nouvel ordre psychiatrique. *Editions Erès*. 2008.

LACAN Jacques. De la psychose paranoïaque dans ses rapports avec la personnalité. *Editions du Seuil*. Paris. 1975.

LEHMAN Antony. Chronic mental patients: The quality of life issue. *American Journal of Psychiatry*. 1982.

LEYRIE Jacques. Manuel de psychiatrie légale et de criminologie clinique. 1977.

LITTEL Jonathan. Les bienveillantes. *Gallimard*. 2006.

LOMBROSO Cesare. L'homme criminel. *Nabu Press*. 2010.

LONDRES Albert. Chez les fous. *Editions « Le Serpent à plumes. » Collection Motifs*. 1999.

MERLIN DE DOUAI. Code des délits et des peines. 3 brumaire an IV (22 août 1795).

MEYER Catherine. Le livre noir de la psychanalyse. *Editions Les Arènes*. 2010.

MILLAUD Frédéric, DUBREUCQ Jean-Luc. Eugénisme, euthanasie, Shoah. Cercle d'étude de la Déportation et de la Shoah, journée annuelle d'information et de réflexion. 16 décembre 2001.

MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. *Le Livre de Poche*. 1997.

MUCHIELLI Laurent. Histoire de la criminologie française. *Editions L'Harmattan*. Paris. 1995.

MUCHIELLI Laurent. La frénésie sécuritaire, retour à l'ordre et nouveau contrôle social. *Editions La découverte*. 2008.

MURAT Laure. L'Homme qui se prenait pour Napoléon. Pour une histoire politique de la folie. *Gallimard* 2011.

NEUGEBAUER Wolfgang. La psychiatrie viennoise et le nazisme: quand la recherche et le crime marchaient main dans la main. *Racial Hygiene in Vienna*. 1938.

PAYE Jean-Claude. La fin de l'Etat de droit. *Editions La Dispute*. 2004.

PINEL Philippe. Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale ou la manie. *L'Harmattan*. 2006.

- PORTELLI Serge. Juger. *Editions de l'atelier*. 2011.
- POSTEL Jacques, BING François. Philippe PINEL et les concierges. Dans « Penser la folie, essais sur Michel Foucault ». *Galilée*. Paris 1992.
- PRELOT Pierre-Henri. Droit des libertés fondamentales. *2e édition*. Hachette. 2010.
- PREVOST-DESPREZ Isabelle. Une juge à abattre. *Fayard*. 2010.
- POUILLE André. Libertés publiques et droits de l'homme. *Dalloz 15e édition*. 2004.
- RENNEVILLE. Marc, Crime et folie, deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires. *Fayard*. 2003.
- RICCIARDI V PLATEN. Alice, L'extermination des malades mentaux dans l'Allemagne nazie. *Editions Eres, collection « Des travaux et des jours »*. 2002.
- RIGOUSTE. Mathieu. Les marchands de peur. *Editions « A boulets rouges »*. 2011.
- RIVERO Jean. Libertés publiques. *T.2. PUF*. 1989.
- SENON Jean-Louis, MANZANERA Cyril. Psychiatrie et justice pénale à la difficile recherche d'un équilibre entre soigner et punir. *Actualité juridique pénale Dalloz*, 2006.
- STEADMAN Henry. Violence by people discharged from acute psychiatric inpatients facilities and by others in the same neighborhoods. *Arch Gen Psychiatry*. 1998.
- STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges, BOULOC Bernard. *Droit pénal général, Dalloz, 19e éd.* 2005.
- THIEL Gilbert. Solitude et servitudes judiciaires. *Fayard*. 2008.
- TOULOUSE Edouard. Statistique de la psychopathie. *Annales Médico-Psychologiques. 12ème série. t.II.* 1930.
- TRUCHE Pierre. La notion de crime contre l'humanité. *Esprit n° 181*. 1992.
- TRUCHET Didier. Malades mentaux. *Rép. civ. Dalloz*. Août 2006.
- WAQUANT Loïc. Punir les pauvres. *Agone*. Marseille. 2004.
- ZYLBERMAN Patrick. Eugénisme à la Scandinave: le débat des historiens. *Médecines / sciences*. Paris. 2004.



## PUBLICATIONS.

APPELBAUM Paul, ROBBINS Paul, MONAHAN John. Violence and delusions: data from the McArthur violence risk assessment study. *Am J Psychiatry*. 2000;157:566-72.

BARBIERI Jean-François. Le défaut d'information et responsabilité médicale : les principes de droit privé. *Les Petites Affiches* n° 2. 4 janvier 1995.

BIOY Xavier. L'inconstitutionnalité du régime de l'hospitalisation d'office. CE, 6 avril 2011, n° 346207, M. Abdellatif A ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 avr. 2011, n° 10-25.354, AJDA 2011. 822; ibid. 822 ; D. 2011. 1137, et les obs.; CE, 27 mai 2011, n° 330267, Kupferstein (M<sup>me</sup>), Lebon ; AJDA 2011. 1116 ; Cons. const., 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC, AJDA 2011. 1177. Constitutions 2011.

BONJOUR. Pierre. Vie affective et sexuelle en institution : le mariage impossible et nécessaire entre liberté et responsabilité ? *Reliance*. 2005/4 no 18.

CAIRE Michel. Folie et ordre public à Paris au XVIII e siècle. Conférence donnée le 14 avril 2005 à l'Infirmier Psychiatrique de la Préfecture de Police. Paris. *Nervure, Journal de psychiatrie* n°8. 2005.

CASTAING Cécile. Pouvoir administratif versus pouvoir médical ? *AJDA éditions Dalloz*. 2011.

CASTAING. Cécile, La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement. Quel droit pour quel juge ? *AJDA, éditions Dalloz*. 2013.

CHAPIREAU François. Le handicap psychique : reconnaissance ou stigmatisation. *Rhizome* n°24. Mars 2007.

CHAPIREAU François. Le recours à l'hospitalisation psychiatrique au XXème siècle. *L'information psychiatrique*. Volume 83 n°7. Septembre 2007.

DELMAS-MARTY Mireille Sécurité et dangerosité. *RFDA*. Janvier-février 2012.

DELPLA Pierre-André. Importance et piège des réquisitions en psychiatrie. *Annales médico psychologiques*, volume 164. n°10. Décembre 2006. Page :864-867

COELHO José. Hospitalisations psychiatriques sous contrainte : plaider pour une réforme. *Revue de Droit Sanitaire et Social*. n° 2/2006.

COCHEZ Florent, GADRAT Xavier. Les soins psychiatriques sans consentement. Après la loi du 5 juillet 2011. *Actualités sociales hebdomadaires. Numéro juridique*. Mars 2012.

COHEN Alain. Le scandale de la mort prématurée des patients psychiatriques. *Soins psychiatriques* n° 279. Mars/avril 2012.

COLDEFY Magali. La prise en charge de la santé mentale. Recueil d'études statistiques. Ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité. La Documentation française. Etudes et statistiques. 2007.

FARINETTI Aude. L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011. *Revue de droit sanitaire et social* n°1. 2012.

FAYOL-NOIRETERRE. Jean-Marie, magistrat honoraire et ancien président de la cour d'assises de l'Isère, « L'expertise judiciaire aux assises », *J'essaime...* pour une autre justice -n° 23- juillet / sept. 2012.

FOMBEUR Françoise. Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute. *AJDA*. 20 juillet- 29 août 1999 (numéro spécial).

FOSSIER Thierry. Droits de la défense et personnes vulnérables. *Revue de science criminelle*. 1998.

FOSSIER Thierry. La relation entre psychiatre et malade : aspects juridiques. *L'information psychiatrique* n°7. Septembre 2001.

FURTOS Jean. De l'importance de l'interstice en institution. *Rhizome* n° 36. *Bulletin national santé mentale et précarité*. Octobre 2009.

GILIOLI Christian. La liberté d'aller et venir, entre droit et éthique. Service de psychiatrie et de psychologie médicale. CHU Angers. Rédaction J.P. KAHN. Relecture : J.L. TERRA. *Soins* n°695. Mai 2005.

GLEKIERE Claire. Recueil des données en psychiatrie : fichage des patients, attaque des soignants. *Rhizome* n°39. juillet 2010.

GONON François, KONSMAN Jian-Pieter. Pour une éthique de la communication en neurosciences. La lettre des neurosciences. *Bulletin de la Société des Neurosciences*. Printemps-été 2011. n°40.

GRABARCZYK Katarzyna. Vie privée et nouvelles technologies. *Revue des droits et libertés fondamentaux. chron.* n°7. 9 novembre 2011.

HEIM Susanne. Faces cachées de la seconde guerre mondiale. De l'euthanasie à la solution finale. *Le Monde diplomatique*. Mai 2005.

HERVIEU Nicolas. Droit à la liberté et à la sûreté (Art. 5 CEDH), hospitalisation d'office et insuffisante célérité du contrôle de la légalité de la détention. *Actualités Droits Libertés du 18 avril 2011. Lettre du Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux. Université Paris Ouest Nanterre La Défense (CREDOF)*.

HODGINS Sheilag. A comparison of general adult and forensic patients with schizophrenia living in the community. *International J. of Forensic Mental Health*. 2007.

JONAS Carol. Le consentement aux soins. *Société de Gérontologie*. 1991.

KAMINSKI Dan. Chronique de criminologie. *Revue de science criminelle et de droit comparé*. n°2. p. 475. 2011.

KANAS Serge. Le contrôleur général des lieux de privation de liberté. *PLURIELS, lettre de la Mission Nationale d'Appui en Santé Mentale*, n° 84. 2010.

LAIDIE Yan. Les juges administratifs: fonctionnaires ou magistrats? *AJFP*. 2004.

LANDAIS Claire, Conclusions sous CE, 6 avril 2007, M. Bernardet, n°280494, *AJDA*. 2008. p.416.

LUCAS Katia. L'initiative de l'hospitalisation d'office: un pouvoir partagé au service d'un contrôle sanitaire et social renforcé. *Revue de droit sanitaire et social* . n°6. 2010.

LUCHAIRE François. Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction? *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)*. 1979 (volume 1).

MARTIN Jean-Pierre. Vulnérabilité n'est pas dangerosité. *Rhizome* n°39. Juillet 2010.

MELLERAY Fabrice. Une occasion manquée de réformer la répartition juridictionnelle des compétences en matière d'hospitalisation d'office. *L.P.A.*, n° 201. 10 oct. 2005.

MILANO Laure. Visioconférence et droit à un procès équitable. *Revue des droits et libertés fondamentaux (RDLF)*. n°8. 16 novembre 2011.

MILLAUD Frédéric, DUBREUCQ Jean-Luc. Risque de violence et troubles mentaux graves. *Annales Médico Psychologiques*. n° 10, 2005. - 852-865.

MILLAUD Frédéric, DUBREUCQ Jean-Luc. Évaluation de la dangerosité du malade mental psychotique. *Annales Médico-Psychologiques*, n°10. 2005.- 846–851.

MOREAU Delphine. Quelques enjeux de la contrainte mise en oeuvre en soins ambulatoires. *Rhizome n° 42*. Septembre 2011.

NICOT Séverine. Le Conseil constitutionnel face à ses contradictions. *RDLF chron. n°13*. 2011.

PONTE Carène. La prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis des infractions. *Soins Psychiatrie n° 269*. Mai-juin 2010.

ROSSINELLI Gérard. Sorties d'essai : un parcours sous haute surveillance. *Rhizome n°39*. Juillet 2010.

SENON Jean-Louis. Évolution des attentes et des représentations en clinique dans les rapports entre psychiatrie et justice. *L'Évolution psychiatrique n° 70*. 2005.

SENON Jean-Louis. Les malades mentaux sont-ils plus violents que les citoyens ordinaires ? *L'information Psychiatrique, Vol 2, n°8, 2006*.

SENON Jean-Louis et MANZANERA Cyril. L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive. *AJ pénal*. 2007.

SENON Jean-Louis et MANZANERA Cyril. Psychiatrie et justice: de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté. *AJ Pénal N° 4/2008*.

THÉRON Sophie. De quelques remarques sur une évolution attendue de la prise en charge de la maladie mentale : l'instauration de soins ambulatoires sans consentement. *Revue de droit sanitaire et social 2010*. (6). Editions Dalloz. 2012. p. 1088-1101.

THÉRON Sophie. Réflexions autour d'une institution singulière: l'Infirmierie psychiatrique de la Préfecture de police de Paris. *Revue de droit sanitaire et social*. (6) 2009. p.1061-1074.

VAREILLE François, Administrateur civil. Etablissement d'hospitalisation public. Responsabilité. Malade mental. Absence de titre permettant l'hospitalisation. Cons. d'Etat 18 octobre 1989, Mme B. *Revue de droit sanitaire et social*. 1990.

VIALLA François. Hospitalisation sans consentement : illégalité de l'interdiction des relations sexuelles. *Recueil Dalloz*. 2013. p. 312.

ZAGURY Daniel. Les psychiatres sont-ils responsables de la raréfaction des non-lieux psychiatriques ? *Journal français de Psychiatrie n° 13*. 2001.





## RAPPORTS ET RECOMMANDATIONS.

### Rapports d'inspections et de missions.

IGAS, rapport : *analyse d'accidents en psychiatrie et propositions pour les éviter*, Dr F. LALANDE et C.LEPINE. Mai 2011.

DGS, rapports d'activité des CDHP, données statistiques, INSEE, estimations de population au 1er janvier 2007.

IGSJ/ IGAS, rapport sur l'évaluation du dispositif de l'injonction de soins. Février 2011.

IGAS/ IGSJ, rapport de mission : « Propositions de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE, F. CASTOLDI. Mai 2005.

IGA /IGPN /IGN, rapport : *problèmes de sécurité liés aux régimes d'hospitalisation sans consentement*. Mai 2004.

IGA /IGSJ /IGAS, rapport : *la prise en charge des patients susceptibles d'être dangereux*. Février 2006.

Bilan des réponses au questionnaire sur la mise en place de la réforme des soins psychiatriques. Août 2011. Direction des Services Judiciaires. Bureau de l'organisation, des méthodes et des études. (PM1). Ministère de la justice. 13 octobre 2011.

Bilan des réponses du quatrième questionnaire sur la mise en place de la réforme des soins psychiatriques. Bureau des schémas d'organisation, des méthodes et des études. (PM1)Ministère de la justice. Août 2011-juillet 2012.

Chiffres clés JUSTICE, *L'administration pénitentiaire en chiffres*, Ministère de la justice et des libertés, janvier 2010.

Rapport de la commission Santé-justice, présidée par Jean-François BURGELIN : *Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive*, ministère de la justice et ministère des solidarités, de la santé et de la famille, juillet 2005.

Rapport de recherche sur les agresseurs sexuels, C. BALIER, A. CIAVALDINI, M. KHAYAT, Paris, Direction Générale de la santé, 1996.

Rapport de la commission d'audition publique sur *L'expertise pénale psychiatrique*, Ministère de la Santé et des Solidarités. B. GRAVIER, Paris, janvier 2007.

Rapport de mission remis au Ministère de l'Emploi et de la Solidarité et au Ministère délégué à la santé, PIEL-ROELANDT. *De la psychiatrie vers la santé mentale*, juillet 2001.

Rapport à Mr. le Président de la République par Vincent LAMANDA, Premier président de la Cour de cassation : *Amoinrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux*, 30 mai 2008.

Rapport du groupe national d'évaluation de la loi du 27 juin 1990, dit « rapport STRHOL » de 1997.

Rapport préparatoire au plan national *Violence et santé*, Docteur Anne TURSZ, Ministère de la santé, 2006.

Recommandations du groupe de travail associant le ministère de la justice et le ministère de la santé sur La prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles soumis à une injonction de soins dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire, mars 2001-avril 2002.

Rapport remis à Madame Roselyne BACHELOT-NARQUIN, Ministre de la Santé et des Sports. *La santé des personnes sans chez soi. Plaidoyer et propositions pour un accompagnement des personnes à un rétablissement social et citoyen.* Vincent GIRARD, Pascale ESTECAHANDY, Pierre CHAUVIN. Novembre 2009.

### **Rapports parlementaires.**

Rapport d'information BLISKO-LEFRAND n°4402, sur la mise en œuvre de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale. 22 février 2012.

Rapport d'information n° 249, relatif à la prise en charge psychiatrique des personnes atteintes de troubles mentaux, Alain MILON, Sénateur, commission des affaires sociales du Sénat. 19 décembre 2012.

Rapport sur la mission parlementaire confiée par le Premier Ministre à Mr le député Jean-Paul GARRAUD, sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux. Octobre 2006.

Rapport sur la prévention de la délinquance de Jacques Alain BENISTI, député du Val de Marne remis à Dominique de VILLEPIN Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales. Octobre 2004

Rapport enregistré à la Présidence du Sénat le 12 janvier 2011, sur la proposition de loi n° 649 de J-R. LECERF, G. BARBIER et C. DEMONTES, relative à l'atténuation de responsabilité pénale applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits.

Rapport d'information enregistré à la Présidence du Sénat le 31 janvier 2012, sur l'enquête de la Cour des comptes relative à l'évaluation de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Par E. BOCQUET et E.HERVÉ.

Rapport au Parlement du comité d'évaluation de la réforme de la gouvernance des établissements publics de santé Institué par l'article 35 de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, présidé par Jean-Pierre FOURCADE, sénateur des Hauts de Seine, ancien ministre. Juillet 2011.

## **AUTRES SOURCES.**

### **Conseil de l'Europe.**

HAMMARBERG. T, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, mémorandum de faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008.

Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 28 novembre au 10 décembre 2010. 18 avril 2012.

Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en France du 28 novembre au 10 décembre 2010. Strasbourg, le 19 avril 2012.

### **HAS.**

Audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie, ANAES, juin 1998.

Audition publique, expertise psychiatrique pénale, rapport de la commission d'audition, DGS / HAS, 25 et 26 janvier 2007.

Audition publique – Recommandations de la commission d'audition Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur, HAS, mars 2011.

Audition publique – Textes des experts, dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant une schizophrénie ou des troubles de l'humeur, HAS, décembre 2010.

Conférence de consensus, psychopathologie et traitements actuels des auteurs d'agressions sexuelles, recommandations longues, Fédération française de psychiatrie, HAS, 2001.

Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant une schizophrénie ou des troubles de l'humeur. Audition publique, textes des experts, HAS, 2010.

Expertise psychiatrique pénale, rapport de la commission d'audition, Fédération française de psychiatrie et HAS, mai 2007.

Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et de sécurité, conférence de consensus, ANAES et FHF, 24 et 25 novembre 2004.

Modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, HAS / Service des recommandations professionnelles / avril 2005.

*Quelles sont les données actuelles sur les troubles mentaux dans les établissements pénitentiaires ?* Frédéric ROUILLON, audition publique, l'expertise psychiatrique pénale, fédération française de psychiatrie et HAS, 2007.

Rapport d'orientation de la commission d'audition sur la dangerosité psychiatrique : *étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur.* HAS / Service des bonnes pratiques professionnelles, mars 2011.

Rapport de la commission d'audition : expertise psychiatrique pénale : *l'équilibre entre justice et santé, donc entre prison et hôpital, à l'aune de la démographie expertale*, fédération française de psychiatrie et HAS, mai 2007.

Recommandations pour la pratique clinique, *modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux*, HAS, avril 2005.

#### **Commission consultative nationale des droits de l'homme.**

CNCDH, avis sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, adopté en assemblée plénière le 31 mars 2011.

CNCDH, avis sur la maladie mentale et les droits de l'homme, adopté par l'assemblée plénière du 12 juin 2008.

CNCDH, avis sur les premiers effets de la réforme des soins psychiatriques sans consentement sur les droits des malades mentaux, adopté en assemblée plénière du 22 mars 2011.

CNCDH, note sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, 2007.

#### **Contrôleur général des lieux de privation de liberté.**

Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 17 juin 2011, relatif à la supervision des personnels de surveillance et de sécurité.

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Rapport d'activité 2010. Dalloz, 2011.

#### **Académie Nationale de Médecine.**

Commission 5 – Psychiatrie et santé mentale. Commission 17 – Éthique et droit et Conseil National des Compagnies d'experts de Justice. Évaluation de la dangerosité psychiatrique et criminologique. Rapport – Recommandations Annexes. Au nom d'un groupe de travail. Sous la direction de Jacques HUREAU, président, Jean-Pierre OLIE et Jean-Claude ARCHAMBAULT, rapporteurs. Rapport adopté le 6 novembre 2012 en Assemblée plénière.

#### **DREES - Direction de la Recherche, des Études, de l'Évaluation et des Statistiques.**

Évolution entre 1993 et 2003 des caractéristiques des patients pris en charge à temps complet, Philippe LE FUR, Sandrine LORAND, Véronique LUCAS-GABRIELLI, Julien MOUSQUÈS, Ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité. DREES - Direction de la Recherche, des Études, de l'Évaluation et des Statistiques. 14 janvier 2008.

La prise en charge de la santé mentale. Dans Recueil d'études statistiques, Magali COLDEFY, Ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité. DREES - Direction de la Recherche, des Études, de l'Évaluation et des Statistiques. 14 janvier 2008.

L'état de santé de la population en France. Rapport de suivi des objectifs de la loi de santé publique 2009-2010, DREES, Etudes et résultats, n° 747, janvier 2011.

Observatoire des Prisons et Autres Lieux d'Enfermement ou de restriction des libertés (O.P.A.L.E), tableau de bord du 1<sup>er</sup> juillet 2011, sous la direction de Pierre V. TOURNIER, directeur de recherches au CNRS.

Pratiques de soins en psychiatrie et réflexions sur les éléments du programme architectural : aide à l'élaboration d'un programme en psychiatrie, MNASM, avril 2007.

## **Internet.**

BAILLY-SALIN Pierre. Malades mentaux en France sous l'occupation nazie. Septembre 2005. Site personnel du Dr A. ABBARA, Site médical et culturel. [http :www.aly-abbara.com](http://www.aly-abbara.com) KOUBI Geneviève. Hospitalisation d'office une hospitalisation sans consentement dite de soins psychiatriques. Circulaire du 11 août 2011, droits et protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques ... 21 septembre 2011. [www.koubi.fr](http://www.koubi.fr)