CEPRISCA
Collection colloques

Hospitalisations sans consentement

Sous la direction
de Xavier Cabannes
Professeur de droit public à l'Université de Picardie Jules Verne
et Mikaël Benillouche
Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne

Cet ouvrage est dédié à la mémoire de notre collègue et ami Olivier Févrot (1970-2012).
Après des études de philosophie et de droit, il avait soutenu en 2003 une très belle thèse intitulée « Recherche sur la notion de démocratie locale » à l'université Paris 2, sous la direction du professeur Olivier Gohin. Olivier, après avait avoir été ATER à l'université Paris 5, était depuis 2005 maître de conférences à l'université d'Evry-Val d'Essonne où il dirigeait le Master 2 Droit des collectivités territoriales.
Ses collègues et amis garderont toujours en mémoire sa passion pour le droit (beaucoup se souviendront des débats juridiques qu'Olivier lançait en salle des professeurs), sa curiosité constante (combien de publicistes ont accepté d'être chargé de travaux dirigés en droit des obligations afin d'enrichir leur réflexion en droit des contrats administratifs ?) et la joie de vivre de ce juriste-philosophe doublé d'un musicien de talent.

Liste des contributions

Préface
par Anne Laude
Président de l'Association Française de Droit de la Santé

Introduction
par Aurore Chaigneau, Professeur à l'université de Picardie-Jules Verne, Directrice du CEPRISCA

L'hospitalisation à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent
par François Vialla, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur du Centre Européen d'Etudes et de recherche Droit et Santé, Université Montpellier 1
et Sophie Guigue, Docteur en Droit, Chercheur au Centre Européen d'Etudes et de recherche Droit et Santé, Université Montpellier 1.

L'hospitalisation psychiatrique sans consentement, le cas des détenus
par Mikaël Benillouche, Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Le préfet dans les différentes procédures d'hospitalisation sans consentement
par Olivier Février †
Maître de conférences à l'Université d'Evry-Val d'Essonne, Avocat à la Cour
et Julie Diebold,
Avocat à la Cour, Chargée de cours à l'Université d'Evry-Val d'Essonne

Les soins sans consentement au gré des questions prioritaires de constitutionnalité
par Bernard Poujade, Professeur à l'Université Paris Descartes, Centre Maurice Hauriou, Avocat à la Cour de Paris

Libertés individuelles et hospitalisation sans consentement
par Justin C. Kissangoula, Maître de conférences (HDR) à l'Université Paris Descartes, Centre Maurice Hauriou

Les droits des personnes hospitalisées pour soins psychiatriques sans leur consentement
par Jacqueline Flauss-Diem, Professeur émérite de l'Université de Picardie Jules Verne CEPRISCA

L'unification du contentieux des décisions d'hospitalisation d'office. Rapide retour sur un dualisme juridictionnel
par Xavier Cabannes, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, Institut Droit et Santé (Université Paris Descartes)

Le juge des libertés et de la détention et la psychiatrie
par Bruno Py, Professeur à l'Université de Poitiers, ISC-EPRED

Témoignage : des mots pour réparer des maux
par Marie-Dominique Usciati, Magistrate, Vice-Présidente du TGI d'Aix-en-Provence

Les contrôles administratifs des mesures de soins psychiatriques sans consentement
par Cécile Castaing, Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Centre d'Etude et de Recherche sur le Droit Administratif et la Réforme de l'Etat, Membre de l'Institut du droit de la santé

Le contrôleur général des lieux de privation de liberté et les soins psychiatriques imposés
par Jean-Yves Maréchal, Maître de conférences à l'Université Lille 2, CEPRISCA

Les agences régionales de santé et la gestion de l'hospitalisation sans consentement : une reforme discrète dans la continuité
par Julien Martin, Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Centre Maurice Hauriou

L'hospitalisation sans consentement d'un point de vue pratique : l'expérience d'un centre hospitalier
par Jean-Martin Andarelli, Directeur d'hôpital, Centre hospitalier de Cambrai

Préface

Anne Laude
Président de l'Association Française de Droit de la Santé

Jadis, au Moyen-âge, on chassait des villes les fous comme les étrangers, on les éloignait à jamais en les embarquant sur des navires. Quelques années plus tard, les lieux d'internement construits et dirigés un temps par des notables, ont été avant tout, choses de police, d'ordre public, mais n'avaient en aucun cas une vocation médicale. L'internement, création institutionnelle propre au XVIIème siècle, répond en effet au moment où « la folie perçue sur l'horizon social de la pauvreté, de l'incapacité au travail, de l'impossibilité de s'intégrer au groupe, commence à former texte avec les problèmes de la Cité »[1]. Songeons alors au foisonnement de la folie dans le ciel de la Renaissance. C'était Don-Quichotte, c'était le roi Lear, il y a moins de quatre siècles...

Par la suite, tout est changé : voilà la folie « recluse, dans la forteresse de l'internement... »[2]. Tellement recluse d'ailleurs, que tout le monde se souvient de cette scène mythique où Pinel, médecin à la direction de Bicêtre, horrifié par leur sort, obtient de Couthon la libération des fous enchaînés[3].

Les chaines tombent, les fous se trouvent libérés. Retrouvent-ils pour autant l'usage de leur libre volonté, aliénée dans le vouloir du médecin ?

Liberté, sécurité, soins. Comment s'articule ce triptyque dans le cadre de soins psychiatriques ?

---

1 - *In* J. Colombel : Michel Foucault, Ed. O. Jacob, 1994, spéc. p. 95.

2 - Colombel, *op.cit, loc.cit.*

3 - M. Foucault : *Histoires de la folie. Le nouveau partage*, Ed Gallimard 1972, p. 415.

La question a toujours interpelé le juriste, *a fortiori* depuis la loi Esquirol du 30 juin 1938 ayant fixé le premier cadre à ce type de soins, jusqu'à la loi du 5 juillet 2011, et encore aujourd'hui.

Aussi, on ne peut que se féliciter et remercier tous les contributeurs à cet ouvrage, qui sous la direction du Professeur Xavier Cabannes et de Mikaël Benillouche ont retracé l'évolution du droit de l'hospitalisation sans consentement jusqu'à la réforme essentielle introduite par le législateur le 5 juillet 2011.

Cette loi relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques modifie le cadre juridique de manière importante et les nouveautés sont décrites par les différents auteurs. Leurs causes en sont rappelées. Ce texte adopté suite à divers évènements dramatiques intervenus ces dernières années vise avant tout à satisfaire les exigences du juge constitutionnel ayant imposé l'intervention systématique de l'autorité judiciaire au cours d'une hospitalisation sans consentement d'un patient.

Controversée, cette loi est-elle une loi « libérale » qui protège les patients et leur donne des droits, ou au contraire, est-ce une loi sécuritaire qui vise avant tout à protéger la société ?

La réponse varie en fonction des personnes intéressées par le dispositif. Le regard porté par les juristes ayant contribué à cet ouvrage met en évidence qu'il s'agit sans doute d'une loi sécuritaire dans certaines de ses dispositions... mais qu'elle est aussi favorable aux droits des patients, avec en particulier cette irruption du juge des libertés et de la détention dans le contrôle des mesures de soins sous contrainte... Les conséquences de cette innovation procédurale ne sont pas négligeables puisque l'on ajoute à un dispositif facultatif, un mécanisme obligatoire qui est loin d'être neutre sur le plan de l'organisation interne des établissements de santé et de l'intervention des professionnels de santé.

Pour autant, le renforcement apporté par la loi de 2011 aux droits des patients atteints de troubles mentaux ne l'aura pas été suffisamment. Le 20 avril 2012, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions de la loi du 5 juillet 2011 prévoyant notamment des dispositions particulières de mainlevée par le juge des libertés et de la détention ou le préfet des soins sur décision du représentant de l'Etat pour les personnes ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental ou ayant été admises en unité pour malades difficiles. Si le Conseil constitutionnel estime sur certains points que la loi a su concilier protection de l'ordre public et liberté individuelle, il reconnaît en revanche que si la spécificité des patients concernés, pouvant présenter une particulière dangerosité, autorisait la mise en place de mesures de

mainlevée spécifiques, elles devaient présenter des garanties « contre le risque d'arbitraire ». Comme le souligne fort justement le Professeur Bernard Poujade dans les lignes qui suivent, « le régime de l'hospitalisation sans consentement est donc loin d'avoir trouvé son point d'équilibre ».

Toutefois, il serait regrettable que la réforme de la loi du 5 juillet 2011 ne se fasse que sur ces dispositions censurées par le Conseil constitutionnel. Les droits des patients atteints de troubles mentaux : droit à la dignité, droit à l'intimité....mériteraient sans doute aussi d'être affirmés.

Gageons qu'à l'occasion de la réforme annoncée pour l'automne 2013, le législateur trouve dans cet ouvrage des pistes pour nourrir sa réflexion.

INTRODUCTION

Aurore Chaigneau
Professeur à l'université de Picardie-Jules Verne
Directrice du CEPRISCA

L'hospitalisation constitue un acte d'isolement thérapeutique qui requiert l'accord de la personne concernée. Tel est le principe dont l'hospitalisation sans consentement figure l'exception. L'un ne saurait évoluer sans l'autre selon la logique dialectique du système juridique : Les droits du malade ont beaucoup évolué depuis la loi du 4 mars 2002[1]. Le patient a été replacé au centre du dispositif de soin afin de s'assurer de sa bonne information et de son adhésion aux décisions des médecins relatives à des traitements et d'autres actes médicaux. Le consentement à l'acte a est devenu une exigence incontournable[2]. Il ressort en outre de cette récente évolution légale que le régime propre au consentement aux soins contient des spécificités notables. Il en va ainsi du consentement du mineur et du majeur sous tutelle qui tous deux peuvent donner eux-mêmes leur consentement aux soins alors bien qu'incapables de consentir aux actes civils[3]. Le législateur a voulu s'assurer

1 - Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JO du 5 mars 2002, p. 4118).

2 - Engager le droit de la santé sur cette pente risque peut être de conduire à quelques glissades voire à quelques dérapages. S'il est aisé de comprendre le désarroi du corps médical face au risque de contestations des patients, il est peut être illusoire de le croire protégé par le « consentement » des patients. Cette notion, pierre angulaire de la théorie de l'autonomie de la volonté est aujourd'hui doublement critiquée. D'une part la doctrine contractualiste remet en cause la volonté comme source d'obligation (Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, *Les obligations*, T. 1, L'acte juridique, 10e éd., Armand Colin, p. 71 et s.). D'autre part une doctrine personnaliste conteste jusqu'à la possibilité de définir le seuil du consentement. Que signifie consentir à un acte dont la compréhension de la portée reste limitée faute d'accès à la connaissance médicale ? Quelle est la mesure de la bonne information du patient ? Les certitudes d'aujourd'hui pourraient devenir les ressorts du contentieux de demain.

3 - François Sauvage, Le consentement à l'acte médical du patient sous-protection juridique, *Médecine et droit*, 2011, n°111, p. 235.

de leur assentiment dès lors que les actes revêtent une gravité particulière. Certains sont effectivement susceptibles de constituer une atteinte à leur intégrité corporelle et à leur dignité.

Dans ce contexte, le régime d'hospitalisation sans consentement pour les personnes atteintes d'un trouble mental constitue un régime doublement dérogatoire. Le renforcement des droits du malade n'a fait qu'accroître l'originalité de cette procédure qui concerne des cas exceptionnels où la volonté a perdu toute consistance. Les évolutions du droit de la santé, appelaient donc une évolution subséquente de ce régime. La réforme de l'hospitalisation sans consentement était d'ailleurs souhaitée[4]. La loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 est en partie venue répondre à cette attente. Dans la même période, les hautes juridictions et le Conseil constitutionnel ont activement œuvré à la révision les droits du malade hospitalisé sous contrainte[5]. Quelles ont été les évolutions de ce singulier régime au cours de ces dernières années ? Telle est la question à laquelle les auteurs de cet ouvrage ont tenté de répondre.

Trois mouvements de fonds peuvent être relevés. Les réformes législatives ont tout d'abord permis un renforcement des droits individuels de la personne hospitalisée. Par ailleurs, une judiciarisation accrue de la procédure a été promue pour offrir un tiers interlocuteur au malade. Enfin le dispositif administratif encadrant la surveillance des personnes hospitalisées a été réformé. Sous l'effet de ces tendances de fond, le régime singulier de l'hospitalisation a ainsi peu à peu changé de visage. A l'origine il consistait essentiellement en un acte de l'autorité publique appuyé par un diagnostic médical et justifié par des impératifs d'ordre public. Aujourd'hui, des précautions ont été prises pour encadrer plus strictement la décision d'une hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'office afin de mieux considérer le patient. Les nombreux glissements sémantiques dans les textes en témoignent : la personne « hospitalisée » devient la personne « soignée » ou faisant l'objet de soins psychiatriques, « l'hospitalisation d'office» est intitulée « l'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat ». La contrainte se fait ainsi moins visible.

La loi du 5 juillet 2011 n'envisage plus, en tant que telle, l'hospitalisation sans consentement (hospitalisation à la demande d'un tiers et hospitalisation d'office) mais l'admission en soins psychiatriques sans consentement (admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent et admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat). En substituant à la notion d'hospitalisation sans consentement celle de soins sans consentement, le législateur permet désormais une prise en charge sous une autre forme que l'hos-

4 - José Coelho, Hospitalisations psychiatriques sous contrainte : plaidoyer pour une réforme, *RDSS*, 2006 p. 249

5 - D'importantes décisions ont été rendues ces dernières années, avant la réforme législative : Conseil Constitutionnel, 26 novembre 2010, n° 2010-71-QPC, Conseil Constitutionnel, 9 juin 2011, 2011-135/140 QPC ; mais également depuis la réforme : Conseil Constitutionnel, 20 avril 2012, n° 2012-235-QPC.

pitalisation complète, dans le cadre d'un programme de soins (article L. 3211-2-1 du code de la santé publique) : les soins peuvent être réalisés selon des modalités ne nécessitant pas une présence continue en établissement (hospitalisation à temps partiel, soins à domiciles, activités thérapeutiques...). La notion de soins psychiatriques est donc plus large que celle d'hospitalisation.

Alors que le législateur envisage les soins sans consentement, tout comme diverses contributions de cet ouvrage, pourquoi intituler cet ouvrage « hospitalisations sans consentement » ? Pourquoi ne pas avoir adopté simplement la nouvelle terminologie légale ? S'agit-il de montrer que, comme une hirondelle ne fait pas le printemps, un changement de termes ne modifie pas le régime juridique ? En l'occurrence le législateur a fait grandement évoluer les choses. Mais ce titre se justifie peut être pour ne pas faire preuve d'une trop grande naïveté. La mise en place de soins ambulatoires va déplacer, géographiquement, le lieu d'une partie des soins : le domicile va devenir aussi un lieu de soins, dont à terme il faudra voir comment en pratique il reste un lieu de liberté privée...

Tout d'abord, il faut bien reconnaître que le législateur a prévu des blocs homogènes regroupant des cas d'hospitalisation ou pas. Ainsi, par exemple, concernant l'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent (articles L. 3212-1 et suivants du code de santé publique), que l'on soit face à des soins en hospitalisation complète ou à des soins ambulatoires, le régime juridique est le même. Aussi, en étudiant le régime de soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent, l'hospitalisation sans consentement est forcément étudiée. Le législateur ne l'a pas fait disparaître, il l'a fondue dans la catégorie englobante des soins psychiatriques sans consentement. Ensuite, parce qu'au-delà de l'adoucissement des termes (comme nous l'avons souligné plus haut, la contrainte se fait moins visible derrière des mots plus doux et plus rassurants) l'hospitalisation sans consentement reste une réalité. En 2011, lors des travaux parlementaires, il avait été relevé que chaque année environ 70 000 personnes sont hospitalisées sans consentement, dont 10 000 l'étaient d'office et 60 000 en hospitalisation à la demande d'un tiers (par exemple, rapport de M. Guy Lefrand, Doc. Ass. nationale, 2011, n° 3189).

Aussi, dans cet ouvrage, dépassant le seul cadre de la loi du 5 juillet 2011, les auteurs s'interrogent sur tous les aspects de l'hospitalisation sans consentement en France qui continue à concerner des milliers de patients. Le législateur a entériné l'impératif de protéger spécifiquement les personnes hospitalisées en état de faiblesse psychologique. Ces personnes sont précisément celles qui ne peuvent saisir le danger dans lequel elles se trouvent ni celui auquel elles exposent les tiers. Mais bien qu'incapables de juger de la nécessité de l'hospitalisation - et donc d'y consentir - ces personnes ne sont pour autant ni totalement, ni continuellement dépourvues de toute conscience. Souvent elles sont sujettes à des troubles aussi passagers qu'inconstants. Dans ce contexte, la décision

d'hospitalisation génère une réaction forte lors de l'exécution de la mesure d'enfermement. L'isolement imposé, fût-ce-t-il à l'hôpital, peut contribuer à l'exacerbation d'angoisses et de perte de maîtrise de soi. Ces anticipations sont partagées par le corps médical qui doit précisément appuyer la décision par une appréciation de la situation. Parfois, la procédure peut ne contribuer que modérément à l'amélioration d'un état que l'on veut guérir.

Une évolution du droit était nécessaire au nom de la protection des intérêts de cette personne, pour lui permettre de recouvrer le contrôle de la situation. En outre, l'augmentation quantitative du nombre d'hospitalisations de cette nature imposait de multiplier les précautions. Des dispositions ont été prises pour répondre aux critiques sur la difficulté du patient à contester son hospitalisation une fois celle-ci réalisée. Il a fallu encourager le patient -ou à ses proches- de reprendre, pour partie au moins, la maîtrise de cette mesure en demandant des informations, des aménagements, des sorties. La saisine du juge a été facilitée. Après l'hospitalisation, son rôle est devenu cardinal du fait de sa situation de tiers à la décision initiale. Le patient se sent donc plus libre lui exprimer ses craintes et ses besoins.

Pour réévaluer la place de la personne dans le dispositif, il a donc fallu repenser les équilibres procéduraux, renforcer les contrôles en évitant qu'ils se paralysent les uns les autres. Et ceux-ci sont multiples. Il y a ceux opérant entre les patients et leur médecins mais aussi ceux entre les juges et les médecins entre les administrations chargées du contrôle des établissements et ces derniers, voire même entre les administrations elles-mêmes. La loi du 5 juillet 2011 a conduit à un rééquilibrage parcimonieux des rôles des différents acteurs. Saisir avec rigueur l'évolution des procédures d'hospitalisation sans consentement nécessite donc de procéder par étapes.

Il faut d'abord de revenir sur les différents modes d'hospitalisation. Un premier article de François Vialla et Sophie Guigue dans lequel les auteurs exposent la procédure d'hospitalisation à la demande d'un tiers et celle décidée d'office en cas de péril imminent. Ce premier panorama ne serait pas complet sans la présentation par Mikaël Benillouche de la procédure spécifique de l'hospitalisation des détenus, procédure qui renvoie à la difficile articulation de la peine et du soin. La mesure de privation de liberté peut s'avérer un obstacle au « droit à être soigné dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficient l'ensemble de la population » selon la lettre de l'article 45 de la loi n° 2009-1436. Olivier Février et Julie Diebold analysent le rôle du préfet, représentant de l'Etat, dans les différentes procédures.

Plus largement, l'hospitalisation sans consentement pose la question de la légalité de l'atteinte à la liberté individuelle de la personne. Cette mesure est étroitement surveillée et encadrée pour prévenir tout excès dans la restriction des droits et libertés des personnes. Elle a fait l'objet de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité depuis 2010 qui sont étudiées par Bernard Poujade. M. Justin Kissangoula, tente

ensuite de montrer comment historiquement s'est construit un droit de l'hospitalisation sans consentement dans le méandre des normes protectrices des personnes et de leurs droits individuels, depuis la loi Esquirol du 30 juin 1838 jusqu'à la réforme de 2011.
A sa suite, Jacqueline Flauss-Diem étudie la teneur des droits des personnes hospitalisées et les obligations dont est tenu le personnel médical et administratif à leur égard. Elle relève la création d'une obligation d'information à l'encontre du médecin ainsi que de l'obligation de rechercher son « avis » à défaut de son consentement plein et entier.

Il fallait encore avoir l'ambition de présenter la dimension procédurale de l'hospitalisation sans consentement et en particulier les effets du dualisme juridictionnel. Xavier Cabannes traite cet épineux problème qui s'est forgé progressivement au gré de réformes anciennes.
A sa suite Bruno Py envisage le rôle du juge des libertés et de la détention en matière de psychiatrie et des modalités de saisine de ce magistrat. Marie-Dominique Usciati, magistrate, montre à travers son témoignage les conditions dans lesquelles se déroulent les auditions des personnes hospitalisées, les maux qu'elles y expriment, mais encore les mots à trouver pour y répondre.
A ces développements sur le système juridictionnel s'ajoute l'étude minutieuse des contrôles administratifs des mesures de soin par les instances compétentes. Ces contrôles non juridictionnels portant sur les conditions juridiques et matérielles d'admission, de séjour et de sortie des personnes sont nombreux et diversifiés. Ils contribuent à la garantie du respect de la personne hospitalisée, mais leur grand nombre et leurs attribution peuvent être aussi source de confusion comme le relève l'article de Cécile Castaing qui déplore que la loi du 5 juillet 2011 n'a pas réformé en profondeur cet organigramme administratif ni renforcé le rôle et les moyens des Commissions Départementales de Soins Psychiatriques.
Il est vrai que l'hospitalisation sans consentement implique de nombreux acteurs dont le contrôleur général des lieux de privation de liberté. Son rôle singulier, principalement lié à la bonne information des instances compétentes pour apprécier l'état des personnes privées de liberté, est étudié par M. Jean-Yves Maréchal.
Enfin, on ne saurait considérer le tableau tout à fait achevé sans une exploration de la gestion pratique de l'hospitalisation sans consentement. Julien Martin envisage la réforme discrète de la fonction des agences régionales de santé dans la gestion de l'hospitalisation sans consentement. Ces agences ont vu leurs fonctions évoluer favorablement notamment dans le sens d'une contractualisation accrue avec les établissements de santé.
Le dernier mot revient à Jean-Martin Andarelli qui, portant la voie des praticiens, expose à travers l'expérience d'un centre hospitalier, la façon dont la loi est reçue et mise en œuvre au sein des services de psychiatrie. Il montre les glissements sémantiques de la loi et tout le sens de ce qu'ils révèlent sur la nouvelle approche du malade.

PREMIERE PARTIE :
LES DIFFERENTS MODES D'HOSPITALISATION SANS CONSENTEMENT

L'HOSPITALISATION A LA DEMANDE D'UN TIERS OU EN CAS DE PERIL IMMINENT

François Vialla
Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Directeur du Centre Européen d'Etudes et de recherche Droit et Santé
Université Montpellier 1, UMR 5815

et

Sophie Guigue
Chercheur au Centre Européen d'Etudes
et de recherche Droit et Santé
Université Montpellier 1, UMR 5815

« Fou à lier », qui n'a déjà entendu, sinon utilisé, cette expression qui remonterait au XVIIème siècle? Qui se faisant, s'est interrogé sur son sens et sa portée véritable ? La personne folle peut, doit, se voir contrainte dans ses mouvements et, partant, dans ses droits et libertés fondamentaux. Car, au risque de surprendre certains tenants des logiques de contention systématisées, les personnes prises en charge en psychiatrie disposent de droits et voient leurs libertés protégées.
Au premier rang des droits fondamentaux, la dignité de la personne est garantie. Il ne s'agit pas ici d'une notion éthérée et difficilement définie quant bien même chacun la perçoit. La dignité dont il s'agit est appréhendée dans le champ du droit et peut se résumer à la *summa divisio* qui permet de distinguer la personne (le sujet de droits) des choses. Rappelons que l'article 16 du Code civil énonce 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 ».

La dignité reconnue à toute personne bénéficie, donc, naturellement au patient atteint de troubles mentaux. Principe matriciel et argument

1 - V. M-F Callu, La dignité, *in Les grandes décisions du Droit médical*, LGDJ 2009, dir. F. Vialla.

jurisprudentiel[1] la dignité est relayée par tout un ensemble de droits et libertés corollaires, liberté d'aller et venir[2], libre choix du praticien et de l'établissement, information, respect du consentement, droit à s'opposer aux soins...
Pour autant le domaine de la santé mentale diffère de la médecine de l'hospitalisation « somatique » en ce que parallèlement au régime de principe de l'hospitalisation libre, les textes laissent la place à un mécanisme d'hospitalisation sans consentement.

Le principe cependant est celui de l'article L. 3211-1 CSP[3] « Une personne ne peut sans son consentement ou, le cas échéant, sans celui de son représentant légal, faire l'objet de soins psychiatriques, hormis les cas prévus par les chapitres II à IV du présent titre et ceux prévus à l'à l'article 706-135 du code de procédure pénale ». Les régimes d'hospitalisation sans consentement sont donc exceptionnels et il convient de rappeler qu'en droit les exceptions sont d'interprétation stricte.

Hospitalisée avec son consentement, la personne est dite en hospitalisation « libre ». Les dispositions de l'article L. 3211-2 CSP précisent 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 ».

Lorsqu'en revanche la personne n'est pas en hospitalisation libre, les dispositions de l'article L. 3211-3[4] précisent : « Lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux est hospitalisée sans son consentement en application des dispositions des chapitres II et III du présent titre ou est transportée en vue de cette hospitalisation, 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. En toutes circonstances, la dignité de la personne hospitalisée doit être respectée et sa réinsertion recherchée... ». On le voit, en aucun cas la jouissance des droits et libertés fondamentaux ne pouvait être remise en cause, et l'exercice même de ces droits faisait l'objet d'une double limite le texte envisageant des restrictions devant être limitées (les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être limitées).

L'article L3211-3 a fait l'objet d'une modification et envisage aujourd'hui des restrictions non plus limitées mais adaptées : « Lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques en application des dispositions des chapitres II et III du présent titre ou est transportée en vue de ces soins, les restrictions à l'exercice de ses

2 - V. P. Véron, Liberté d'aller et venir, *in Jurisprudences du secteur social et médicosocial,* Dunod 2012, dir. F. Vialla.

3 - Article L. 3211-1 CSP modifié par loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 (art. 1).

4 - Loi nº 2004-806 du 9 août 2004 art. 120, I, Journal Officiel du 11 août 2004.

libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée ».

Loin d'être anecdotique la question est au cœur même des débats sur les enjeux et logiques de l'hospitalisation sans consentement.

La possibilité pour un tiers de demander l'hospitalisation d'une personne en psychiatrie existait déjà sous l'empire de la loi du 27 juin 1990 ; tandis que l'admission en cas de péril imminent a été instituée par 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.

L'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers et celle en cas de péril imminent sont deux modes d'admission prononcée par le directeur de l'établissement de santé. Son régime relève des articles L. 3212-1 et suivants du code de la santé publique.

Section I – L'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent

Afin de prévenir les abus des mesures de soins sans consentement, le législateur a prévu des conditions pour les différents modes d'admissions en soins psychiatriques. Certaines relèvent du fond, d'autres de la forme.

§ 1 : Les conditions de fond de l'admission en soins psychiatriques sur décision du directeur de l'établissement

Certaines conditions de fond de l'admission en soins psychiatriques sur décision du directeur de l'établissement de santé sont identiques, que le directeur soit en présence d'une demande d'un tiers ou d'un péril imminent ; d'autres sont spécifiques à chaque situation.

A. Les conditions de fond communes aux admissions en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent

Aux termes de l'article L. 3212-1 CSP, l'admission en soins psychiatriques sur décision du directeur de l'établissement de santé autorisé en psychiatrie n'est possible que si les troubles mentaux de la personne « rendent impossible son consentement » et que si « son état mental impose des soins immédiats assortis soit d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète, soit d'une surveillance médicale régulière justifiant une prise en charge sous la forme mentionnée au 2° de l'article L. 3211-2-1. » Ainsi, trois conditions liées à l'état de la personne sont indispensables.

1) L'existence du trouble mental

La Haute autorité de santé propose pour apprécier la sévérité des troubles mentaux et la nécessité de soins immédiats de rechercher un risque suicidaire, un risque d'atteinte potentielle à autrui, une prise d'alcool ou de toxiques associée, un délire ou des hallucinations, des troubles de l'humeur et le degré d'incurie[5].

2) L'impossibilité de consentir aux soins

La condition relative à l'impossibilité de consentir était identique sous l'empire de la loi du 27 juin 1990. Elle se comprend aisément car le principe du consentement est fondamental. Les exceptions doivent être entendues strictement.
La Haute autorité de santé évalue la capacité à consentir de la personne à partir de cinq critères : la capacité à recevoir une information adaptée, la capacité à comprendre et à écouter, la capacité à raisonner, la capacité à exprimer librement sa décision et la capacité à maintenir sa décision dans le temps[6]. Il convient toutefois de préciser que l'hospitalisation à la demande du tuteur est assimilée à une hospitalisation libre[7]. Conformément au droit commun des actes médicaux, le consentement du majeur protégé est recherché mais le consentement du tuteur est nécessaire pour une hospitalisation libre[8].

3) Le besoin de soins psychiatriques

La condition se rapportant au besoin de soins a été un peu modifiée par la loi du 5 juillet 2011. Cette loi ayant diversifié les modes de prises en charge, elle a corrélativement élargi la notion de soins psychiatriques sans consentement. Désormais, l'admission en soins psychiatriques sur décision du directeur de l'établissement peut être prononcée lorsque la personne a besoin de soins que ceux-ci soient dispensés lors d'une hospitalisation complète ou non. En outre, la jurisprudence antérieure à la réforme est venue préciser la notion de surveillance constante. Celle-ci ne signifie pas que la personne doit être surveillée de manière permanente « vingt-quatre heures sur vingt-quatre »[9], mais qu'une « équipe soi-

5- HAS, recommandations sur les modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, avril 2005, p. 11.

6 - HAS, recommandations sur les modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, avril 2005, p. 10.

7 - Nota : l'article L. 3211-2 CSP ne fait référence qu'au consentement de la personne lorsqu'il définit l'hospitalisation libre. L'assimilation est opérée par l'article L. 3211-1 ; V. Merrien, P. Chevalier, J. Laubard et al., *Personnes vulnérables et domaine médical. Quels sont leurs droits ?*, UNAPEI et Assistance Publique des Hôpitaux de Paris, coll. Les Guides de l'AP-HP, 2007, p. 22 ; C. Wong, *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, préface B. Dubois, Dunod, 2009, p. 212.

8 - O. Dupuy, *Guide de la protection des majeurs : la réforme du 5 mars 2007 expliquée : à jour des textes d'applications*, Heures de France, collection guides d'exercice professionnel des établissements sanitaires et médico-sociaux, 2009, p. 129.

9 - A. Boumaza, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme*, vol. 1, Le régime médico-administratif de l'hospitalisation psychiatrique, préf. T. Douraki, éd. CTNERHI, 2002, p. 47 ; C. Loiseau, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 31.

gnante, engagée dans un projet thérapeutique, devait, à tout moment, pouvoir intervenir en cas de besoin »[10].

B. Les conditions de fond spécifiques aux admissions en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent

1) Les conditions de fond spécifiques aux admissions en soins psychiatriques à la demande d'un tiers

a) La condition spécifique à l'admission à la demande d'un tiers classique

Comme son nom l'indique, ce dispositif suppose la formulation d'une demande par un tiers. Il existe une condition liée à la personne pouvant être à l'initiative de la demande d'admission. Le tiers peut être 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 et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci[11]. Cette exigence de la justification de relation antérieure avec le malade a été ajoutée par la loi du 5 juillet 2011 qui a repris *in extenso* la définition du tiers retenue par le Conseil d'Etat[12]. La Haute juridiction administrative avait ainsi mis fin à la pratique qui consistait à solliciter le personnel non-soignant de l'établissement pour demander l'hospitalisation. En revanche, le tiers ne peut toujours pas être un personnel soignant exerçant dans l'établissement prenant en charge la personne. Par ailleurs, la réforme permet au tuteur ou au curateur du majeur protégé de faire la demande de soins psychiatriques s'il est membre de la famille ou entretenait des liens avec la personne protégée avant la demande[13]. Une place est donc laissée à la personne assurant la protection en tant que tiers et non pas seulement en tant qu'organe de la mesure de protection[14].

10 - Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1999, Bull. civ.I, n° 274.

11 - Article L. 3212- 1, II, 1°, CSP.

12 - CE, 3 décembre 2003, req. n° 244867, CHS de Caen.

13 - Rapport n° 3189 de M. Guy Lefrand, 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, p. 111.

14 - Rapport n° 3189 de M. Guy Lefrand, p. 122 ; V. également rapport n° 3445de M. Guy Lefrand, 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 18 mai 2011, p. 32. Nota : L'amendement n° COM-207 (n° 24 lors des débats devant le Sénat) présenté par M. Jean-René Le Cerf, au nom de la Commission des lois, n'envisage l'intervention du tuteur ou du curateur qu'es qualité et non à titre personnel. Cet amendement a été adopté lors des travaux de la commission des affaires sociales du Sénat (rapport n° 487 de Mme Muguette Dini, fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, 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 du Sénat le 3 mai 2011, p. 43.) et par le Sénat lors des débats du 11 mai 2011. Par conséquent, la référence à l'intervention à titre personnel mentionnée dans le texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale (texte n° 623 adopté le 22 mars 2011) a été supprimée.

b) La condition spécifique à la demande d'un tiers en urgence

Sous l'empire de la loi du 27 juin 1990, en matière d'hospitalisation à la demande d'un tiers, l'urgence supposait un « péril imminent pour la santé du malade »[15]. La loi du 5 juillet 2011 a légèrement modifié cette notion pour qu'elle ne se confonde pas avec l'hospitalisation pour péril imminent qu'elle a instaurée. Se faisant, la loi a consacré l'interprétation du péril imminent faite par la Haute autorité de santé selon laquelle il s'agit d'un « risque de dégradation grave de l'état de la personne en l'absence d'hospitalisation »[16]. Désormais, la procédure d'urgence s'applique lorsqu'il existe un risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade[17].

2) Les conditions spécifiques à l'admission en soins psychiatriques en cas de péril imminent

La loi du 5 juillet 2011 a créé le mode d'admission en soins psychiatriques en cas de péril imminent. Ce nouveau mode permet au directeur de prononcer l'admission de la personne sans la demande d'un tiers. L'objectif est de permettre la prise en charge de personnes désocialisées.

a) L'absence de tiers

Cette procédure présente un caractère exceptionnel et n'est applicable que lorsqu'il est impossible de trouver un tiers susceptible de faire la demande.

b) Le péril imminent

En l'absence de tiers, le directeur de l'établissement ne peut décider d'admettre une personne en soins psychiatrique sans consentement que s'il existe un péril imminent pour la santé de cette personne. Une immédiateté du danger pour la santé ou la vie du patient doit donc exister[18].

§ 2 : Les conditions de forme de l'admission en soins psychiatriques sur décision du directeur de l'établissement

Les conditions de forme concernent les modalités de l'admission (A) et les certificats médicaux (B).

15 - Article L. 3212- 3 ancien CSP.

16 - HAS, recommandations sur les modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, avril 2005, p. 10 et 17.

17- Article L. 3212- 3, al. 1, CSP.

18 - La foire aux questions du ministère de la santé considère que la notion de péril imminent correspond à celle définie par la HAS en 2005.

A. Les modalités de l'admission en soins psychiatriques

1) La demande du tiers

La demande d'un tiers doit prendre la forme d'un écrit contenant la formulation de la demande d'admission en soins psychiatriques, les nom, prénoms, date de naissance et domicile de la personne qui demande les soins et de celle pour laquelle ils sont demandés, et le cas échéant, leur degré de parenté ou la nature des relations existant entre elles avant la demande de soins, la date et la signature de l'auteur de la demande[19]. Si le tiers ne sait pas ou ne peut pas écrire, la demande est reçue par le maire, le commissaire de police ou le directeur de l'établissement qui en donne acte[20]. La loi du 5 juillet 2011 a permis de clarifier le rôle du tiers qui est désormais demandeur aux soins mais qui n'a plus à se prononcer sur les modalités des soins[21]. Il convient de relever qu'il est souhaitable que la personne qui fait la demande se déplace[22]. En effet, la présence du tiers permet au directeur de l'établissement de vérifier l'identité de la personne qui formule la demande de soins[23]. En outre, le tuteur ou le curateur doit fournir un extrait du jugement de mise sous tutelle ou curatelle[24]. Il convient de préciser que l'admission elle-même est prononcée par le directeur de l'établissement.

2) L'information des autorités

Le directeur de l'établissement doit informer certains tiers de l'admission en soins sans consentement qu'il prononce. Quel que soit le cadre de l'admission prononcée par le directeur d'établissement, celui-ci doit informer, sans délai le Préfet (à Paris le préfet de police) et la Commission départementale des soins psychiatriques, et leur communiquer une copie des certificats médicaux et du bulletin d'entrée[25].

Dans le cadre de la procédure d'admission à la demande d'un tiers, de droit commun ou d'urgence, ou pour péril imminent, le directeur de l'établissement doit informer le procureur de la République du lieu de résidence de la personne malade et celui du lieu de l'établissement, de l'identité, de la profession et de l'adresse du malade, ainsi que celles, le cas échéant, du tiers demandeur[26].

---

19 - Article R. 3212-1 CSP.

20 - *Ibid.*

21 - Voir exposé des motifs du 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.

22 - HAS, recommandations sur les modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, avril 2005, p. 13. A. Boumaza, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme*, vol. 1 Le régime médico-administratif de l'hospitalisation psychiatrique, préf. T. Douraki, éd. CTNERHI, 2002, p. 49.

23 - Articles L. 3212-2 et L. 3212-3, al. 2, CSP.

24 - Articles L. 3212-2 et L. 3212-3, al. 2, CSP.

25 - Article L. 3212-5, I, CSP.

26 - Article L. 3212-5, II, CSP.

Dans le cadre de la procédure d'admission pour péril imminent, le directeur de l'établissement d'accueil doit, dans un délai de vingt-quatre heures, sauf difficultés particulières, informer « la famille de la personne qui fait l'objet de soins et, le cas échéant, la personne chargée de la protection juridique de l'intéressé ou, à défaut, toute personne justifiant de l'existence de relations avec la personne malade antérieures à l'admission en soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celle-ci »[27]. Ainsi, parallèlement à la création de la possibilité d'admettre une personne sans tiers, la loi du 5 juillet 2011 a également prévu une information des tiers habilités à demander les soins.

B. Les certificats médicaux initiaux

1) Le certificat médical initial à l'admission à la demande d'un tiers

a) L'admission à la demande d'un tiers classique

Afin de limiter les placements abusifs, la demande du tiers doit être accompagnée de deux certificats médicaux circonstanciés[28] datant de moins de quinze jours, constatant l'état mental de la personne malade, et indiquant les caractéristiques de sa maladie et la nécessité de recevoir des soins[29].
Dans le dessein de garantir l'impartialité, la Loi exige que le premier certificat n'émane pas d'un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil et que les médecins établissant les certificats médicaux n'entretiennent aucun lien de parenté entre eux, avec le directeur de l'établissement d'accueil, la personne ayant demandé l'hospitalisation ou la personne hospitalisée[30]. Dans sa décision du 26 novembre 2011, le Conseil constitutionnel, statuant sur le dispositif antérieur à la loi du 5 juillet 2011, a considéré que la diversité des certificats requis à l'hospitalisation sans consentement et les conditions relatives aux médecins les établissant, offraient des garanties suffisantes[31].

27 - Article L. 3212-1, II, 2°, CSP.

28 - Le projet de loi avait souhaité fusionner la procédure d'urgence et la procédure à la demande d'un tiers en n'exigeant qu'un seul certificat médical pour les deux procédures. Suite à la décision du Conseil constitutionnel du 26 novembre 2010, le gouvernement a adressé une lettre rectificative au projet de loi pour réintroduire l'exigence des deux certificats médicaux. L'amendement n° AS 89 présenté par M. Guy Lefrand et adopté par la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale a réintroduit la procédure d'urgence (Rapport n° 3189 de M. Guy Lefrand, p. 281). V. 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, présenté par le ministre de la santé et des sports le 5 mai 2010, (art. 2) et les motifs du projet de loi.

29 - Article L. 3212-1, II, 1°, CSP.

30 - Article L. 3212-1, II, 1°, CSP.

31 - Cons. const., décision n° 2010-71, QPC, 26 novembre 2010, JCP A 2010, act. 897, aperçu rapide N. Albert ; Dr. famille 2011, comm. 11, obs. I. Maria ; JCP éd G 2011, p. 189, note K. Grabarcyk ; AJDA 2011. 174, note X. Bioy; *ibid.* 2010. 2284 ; Constitutions 2011. 108, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2011, p. 101, obs. J. Hauser ; RDSS 2011, p. 304, note O. Renaudie. (cons. 18 et 19).

b) L'admission à la demande d'un tiers en urgence

A titre exceptionnel, en cas d'urgence, lorsqu'il existe un risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade, le directeur de l'établissement peut prononcer l'admission à la demande d'un tiers à la vue d'un seul certificat médical qui peut éventuellement être établi par un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil[32].

2) Le certificat médical initial à l'admission en cas de péril imminent

L'admission en cas de péril imminent nécessite un certificat médical attestant du péril pour la santé de la personne, constatant l'état mental de la personne malade, et indiquant les caractéristiques de sa maladie et la nécessité de recevoir des soins[33]. Le médecin qui établit ce certificat ne doit pas exercer dans l'établissement d'accueil et ne doit pas être parent ou allié avec le directeur de l'établissement ni avec le malade.

Section II – Le déroulement et la levée de la mesure de soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent

Le déroulement de la mesure de soins psychiatriques est encadré au niveau du choix de la modalité de la prise en charge, du maintien des soins (§ 1) mais également au niveau de la mainlevée de la mesure (§ 2).

§ 1 : Le choix de la modalité de prise en charge et le maintien des soins psychiatriques sans consentement sur décision du directeur de l'établissement

Le choix du mode de prise en charge a lieu à l'issue d'une période d'observation de soixante-douze heures (A) et la maintien de la mesure suppose le respect de plusieurs formalités (B).

A. La période d'observation et de soins de 72 heures

La période d'observation de soixante-douze heures est une innovation de la loi du 5 juillet 2011. Il convient de relever qu'une telle période avait été souhaitée par l'IGAS et l'IGSJ[34]. Toute mesure de soins sans consentement commence par une phase d'hospitalisation complète[35] permettant d'observer l'état du malade et de lui dispenser des soins. Cette phase a été qualifiée par certains de garde à vue psychiatrique[36].

32 - Article L. 3212-3 CSP.

33 - Article L. 3212-1, II, 2°, CSP.

34 - IGAS et IGSJ, Proposition 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, mai 2005, p. 57 et s.

35 - Article L. 3211-2-2, al. 1, CSP.

36 - V. en ce sens les observations du Syndicat de la magistrature 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, p. 2.

1) Les certificats médicaux

Dans les vingt-quatre heures qui suivent l'admission de la personne en soins psychiatrique, un médecin doit réaliser un examen somatique complet de la personne et un psychiatre de l'établissement d'accueil doit établir un certificat médical constatant son état mental et confirmant ou non la nécessité de maintenir les soins psychiatriques au regard des conditions d'admission[37]. Pour garantir l'impartialité du médecin spécialiste, il est prévu que le psychiatre qui établit le certificat médical doit être différent de celui qui a réalisé un des certificats médicaux initiaux[38].
Il convient de relever que le certificat médical immédiat existait déjà sous l'empire de la loi du 27 juin 1990. Ce certificat était primordial dans le cadre de l'hospitalisation à la demande d'un tiers[39] car la non confirmation des certificats initiaux conduisait à la levée de l'hospitalisation[40].
L'importance du certificat vingt-quatre heures est maintenue par la réforme, puisque lorsqu'il conclut que l'état de la personne ne justifie plus la mesure de soins, le directeur de l'établissement prononce immédiatement la levée de la mesure lorsque la personne a été admise à la demande d'un tiers ou pour péril imminent[41].
Dans les soixante-douze heures de l'admission, un autre certificat médical doit être établi. Il doit constater l'état mental de la personne et confirmer ou non la nécessité de maintenir les soins psychiatriques[42].
L'exigence de ce certificat a été créée par la loi du 5 juillet 2011. De la même manière que pour le certificat de vingt-quatre heures, le directeur de l'établissement doit immédiatement prononcer la levée de la mesure intervenue à la demande d'un tiers ou pour péril imminent, si le certificat conclut à l'absence de nécessité du maintien des soins[43]. Il convient de préciser que dans le cadre d'une procédure à la demande d'un tiers en urgence ou en cas de péril imminent, le psychiatre qui établit le certificat médical de soixante-douze heures, ne doit pas être celui qui a établi le certificat de vingt-quatre heures[44] ou le certificat initial[45].

2) Le choix du mode de prise en charge

Avant l'expiration de la période d'observation, lorsque le certificat médical de vingt-quatre heures et le certificat médical soixante-douze

37 - Article L. 3211-2-2, al. 2, CSP.

38 - Article L. 3211-2-2, al. 2, CSP.

39 - Article L. 3212-4 ancien CSP.

40 - A. Boumaza, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme*, vol. 1, Le régime médico-administratif de l'hospitalisation psychiatrique, préf. T. Douraki, éd. CTNERHI, 2002, p. 58 ; C. Loiseau, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 68.

41 - Article L. 3212-4, al. 1, CSP.

42 - Article L. 3211-2-2, al. 3, CSP.

43 - Article L. 3212-4, al. 1, CSP.

44 - Article L. 3212-1, II, *in fine*, et L. 3212-3, al. 1, CSP.

45 Article L. 3211-2-2, al. 2, CSP.

heures concluent tous les deux à la nécessité de maintenir les soins psychiatriques, un psychiatre de l'établissement d'accueil doit, dans un avis motivé, proposer la forme de prise en charge et, le cas échéant, le programme de soins[46].
Lorsque les deux certificats médicaux ont conclu à la nécessité de prolonger les soins, le directeur de l'établissement prononce le maintien des soins intervenus à la demande d'un tiers ou pour péril imminent. Il doit retenir la forme de la prise en charge proposée par le psychiatre et le cas échéant, joindre à sa décision, le programme de soins établi par le psychiatre[47].
Pendant le délai de la prise de décision du directeur de l'établissement, la personne reste en hospitalisation complète[48]. Il convient de relever que dans le choix du mode de prise en charge, le directeur de l'établissement doit se conformer à l'avis du psychiatre, alors que le Préfet dispose d'un pouvoir d'appréciation. Cette différence s'explique par l'objectif de protection de la sûreté des personnes et de l'ordre public, poursuivi par la décision du représentant de l'Etat.
Il convient de préciser que pour les personnes faisant l'objet d'un suivi particulier, c'est-à-dire admises en soins psychiatriques à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale ou ayant séjourné dans une unité pour malades difficiles pendant une durée supérieure à un an[49], ainsi que pour les personnes ayant fait l'objet d'un tel suivi particulier il y a moins de dix ans, la prise en charge sous une forme autre que l'hospitalisation complète, doit être précédée d'un avis du collège[50].
Le mode de prise en charge peut évoluer. Le psychiatre prenant en charge le patient peut proposer, sur la base d'un certificat médical circonstancié, une modification du mode de prise en charge[51]. Cette proposition devient obligatoire lorsque le comportement de la personne ne permet plus de dispenser des soins hors du cadre d'une hospitalisation complète[52]. Le directeur de l'établissement doit se conformer à l'avis du psychiatre[53]. En outre, une prise en charge en hospitalisation complète peut prendre une autre forme à la suite d'une décision du juge des libertés et de la détention. En effet, ce dernier peut reporter les effets de la décision de mainlevée de l'hospitalisation de vingt-quatre heures pour permettre l'élaboration d'un programme de soins[54]. Afin d'assurer la continuité des soins, lorsque la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète est acquise faute de décision du juge dans le

46 - Article L. 3211-2-2, al. 4, CSP.

47 - Article L. 3212-4, al. 2, CSP.

48 - Articles. L. 3212-4, al. 3, et L. 3213-1, II, CSP.

49 - Article. R. 3222-9 CSP.

50 - Article. L. 3213-1, III, CSP.

51 - Article L. 3211-11, al. 1, CSP.

52 - Article L. 3211-11, al. 2, CSP.

53 - Article L. 3212-4 CSP. *Nota* : le Préfet lui peut dans un premier temps, refuser de suivre l'avis du psychiatre (article L. 3213-9-1° CSP).

54 - Articles L. 3211-12 *in fine* et L. 3211-12 III CSP.

délai de quinzaine (puis semestriel), le législateur a prévu la possibilité de mettre en place un programme de soins[55].
En outre, lorsque une prise en charge en hospitalisation complète évolue vers une autre forme, respectivement selon le mode d'admission, le directeur de l'établissement doit en informer le tiers à l'origine de la demande de soins[56].

B. Le maintien de la mesure de soins psychiatriques

La loi du 27 juin 1990 avait prévu des mécanismes de contrôle au cours de l'hospitalisation, notamment en exigeant une certaine fréquence aux certificats médicaux. La loi du 5 juillet 2011 a maintenu cette exigence mais a également prévu une intervention du juge de la liberté et de la détention et du collège.

1) Les certificats médicaux

La loi du 27 juin 1990, outre le certificat médical de vingt-quatre heures exigeait des certificats médicaux de quinzaine puis mensuels pour les hospitalisations à la demande de tiers et les hospitalisations d'office[57].
En matière d'hospitalisation à la demande de tiers, le délai d'un mois courrait à compter du certificat de quinzaine alors qu'en matière d'hospitalisation d'office, ce délai courrait à compter de l'hospitalisation.
La loi du 5 juillet 2011 a substitué au certificat de quinzaine, le certificat devant intervenir après le cinquième jour et au plus tard le huitième jour à compter de l'admission[58]. Ce certificat médical circonstancié doit indiquer si les soins à la demande d'un tiers ou pour péril imminent sont toujours nécessaires[59]. En outre, le certificat doit préciser si la forme de prise en charge est toujours adaptée et, le cas échéant, en proposer une nouvelle. En outre, le législateur a précisé que s'il ne peut être procédé à l'examen de la personne malade, le psychiatre établit un avis médical sur la base du dossier médical. Puis, le certificat ou l'avis doit intervenir au moins tous les mois, et plus précisément dans les trois derniers jours de la période mensuelle.
Au vu de ce certificat ou de cet avis médical, le directeur de l'établissement peut décider de maintenir la mesure de soins pour une durée maximale d'un mois renouvelable tous les mois[60]. Il convient de noter que la loi du 5 juillet 2011, n'a pas modifié la périodicité des décisions de renouvellement des mesures.
La périodicité des décisions se prononçant sur le maintien des soins psychiatriques sans consentement constitue une garantie de la protec-

55 - Article L. 3211-12-5 CSP.

56 - Article L. 3212-5, III, CSP.

57 - Articles L. 3212-7 et L. 3213-3 anciens CSP.

58 - Articles L. 3212-7, al. 1, et L. 3213-3 al. 1 CSP.

59 - Article L. 3212-7, al. 1, CSP.

60 - Article L. 3212-7, al. 2, CSP.

tion de la personne. L'absence de certificat médical dans les délais prescrit engendre la levée de la mesure de soins[61].

2) L'intervention de plein droit du juge des libertés et de la détention pour les mesures d'hospitalisation complète

Par deux arrêts des 26 novembre 2010[62] et 9 juin 2011[63], le Conseil constitutionnel, statuant respectivement sur la question du maintien de l'hospitalisation à la demande d'un tiers et de l'hospitalisation d'office, a considéré « que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; que, toutefois, les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai ; qu'en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire » les dispositions des anciens L. 3212-7 et L. 3213-4 sont contraires à la constitution. En outre, dans la première décision, les sages ont précisé que « ni l'obligation faite à certains magistrats de l'autorité judiciaire de visiter périodiquement les établissements accueillant des personnes soignées pour des troubles mentaux, ni les recours juridictionnels dont disposent ces personnes pour faire annuler la mesure d'hospitalisation ou y mettre fin ne suffisent à satisfaire à ces exigences ».
L'intervention de ces décisions a été prise en compte lors de l'adoption de la loi du 5 juillet 2011[64]. Le législateur a instauré une intervention systématique du juge des libertés et de la détention avant l'expiration du délai de quinze jours puis tous les six mois[65]. Ce délai court à compter de l'admission en soins psychiatriques[66], et à compter de la modification de la forme de la prise en charge lorsqu'une hospitalisation complète est décidée[67].
Le défaut de décision du juge des libertés et de la détention dans les délais impartis, la mainlevée de l'hospitalisation complète est acquise[68]. Il convient de relever que les délais de quinze jours et six mois sont prolongés d'une durée maximale de quatorze jours, lorsque le juge a

61 - Article L. 3212-7, al. 4, CSP.

62 - Cons. const., décision n°2010-71, QPC, 26 nov. 2010, JCP A 2010, act. 897, aperçu rapide N. Albert ; Dr. famille 2011, comm. 11, obs. I. Maria ; JCP éd G 2011, p. 189, note K. Grabarcyk ; AJDA 2011. 174, note X. Bioy ; *ibid.* 2010. 2284 ; Constitutions 2011. 108, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2011, p. 101, obs. J. Hauser ; RDSS 2011, p. 304, note O. Renaudie (cons. 25 et 26).

63 - Cons. const., décision n° 2011-135/140, QPC, 9 juin 2011, AJDA 2011 p. 1177, obs. S. Brondel ; JCP éd G 2011, act. 455, aperçu rapide E. Péchillon (cons. 13 et 14).

64 - V. la lettre rectificative 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.

65 - Article L. 3211-12-1, I, CSP.

66 - Article L. 3211-12-1, I, 1°, CSP.

67 - Article L. 3211-12-1, I, 2°, CSP.

68 - Article L. 3211-12-1, IV, CSP.

ordonné une mesure d'expertise. Le ou les experts désignés ne doivent pas exercer dans l'établissement prenant en charge le malade et doivent rendre leur rapport dans un délai de dix jours[69].
Dans le cadre de cette intervention de plein droit, le juge des libertés et de la détention est saisi par le directeur de l'établissement. La saisine doit intervenir trois jours avant l'expiration du délai de quinzaine et huit jours avant l'expiration du délai semestriel[70]. Si les délais de saisine ne sont pas respectés, sauf circonstances exceptionnelles n'empêchant pas la tenue de débats contradictoires, le juge des libertés et de la détention constate sans débat que la mainlevée de l'hospitalisation complète est acquise[71]. Cette saisine doit être accompagnée d'un avis conjoint rendu par deux psychiatres de l'établissement d'accueil désignés par le directeur, dont un seul participe à la prise en charge du patient. Cet avis se prononce sur la nécessité de poursuivre l'hospitalisation complète[72]. Lorsque le patient fait l'objet d'un suivi particulier[73] , ou a fait l'objet d'un tel suivi il y a moins de dix ans, l'avis accompagnant la saisine est établi par le collège.

3) L'examen médical par le collège

Lorsque la durée des soins à compter de l'admission à la demande d'un tiers ou pour péril imminent, dépasse une période continue d'un an, le collège doit réaliser une évaluation approfondie de l'état mental de la personne[74]. Le collège est composé de deux psychiatres, l'un participant à la prise en charge du patient, l'autre n'y participant pas, et d'un représentant de l'équipe pluridisciplinaire participant à la prise en charge du patient[75]. Il doit examiner le patient et recueillir son avis[76]. Toutefois, en cas d'absence du patient attestée par le collège, l'évaluation et le recueil de son avis sont réalisés dès que possible. Le collège a cinq jours à compter de la date de convocation, pour rendre son avis[77]. Il convient de relever que le défaut d'attestation entraîne la mainlevée de la mesure.

§ 2 : La mainlevée de la mesure de soins psychiatriques sans consentement sur décision du directeur de l'établissement

La mainlevée des soins psychiatriques sans consentement peut être prononcée par la personne qui a prononcé l'admission (A) ou par le juge des libertés et de la détention (B).

69 - Article R. 3211-30 CSP.

70 - Article R. 3211-27 CSP.

71 - Article L. 3211-12-1, IV, CSP.

72 - Article L. 3211-12-1, II, CSP.

73 - Un suivi particulier est prévu pour les personnes admises en soins psychiatriques à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale ou ayant séjourné dans une unité pour malades difficiles pendant une durée supérieure à un an.

74 - Article L. 3212-7 CSP.

75 - Article L. 3211-9 CSP.

76 - Article L. 3212-7 CSP.

77 - Article R. 3211-6 CSP.

A. La mainlevée prononcée par le directeur de l'établissement

Le directeur de l'établissement doit prononcer la levée de la mesure de soins psychiatriques lorsque le certificat médical de vingt-quatre heures ou de soixante- douze heures conclut que l'état de la personne ne justifie plus la mesure de soins[78]. Une telle obligation n'est pas expressément prévue lors du certificat devant intervenir entre le cinquième et huitième jour. Cependant, le maintien de la mesure en présence d'un certificat constatant l'absence de nécessité des soins, est peu vraisemblable.
Le directeur de l'établissement doit également prononcer la levée de la mesure dès qu'un psychiatre de l'établissement certifie que les conditions ayant motivé cette mesure ne sont plus réunies, dans un certificat circonstancié mentionnant l'évolution ou la disparition des troubles ayant justifié les soins[79]. Il est également tenu d'un tel prononcé lorsque la commission départementale des soins psychiatriques ou une personne habilitée à demander la prise en charge en tant que tiers, en fait la demande. Toutefois, lorsqu'un certificat ou un avis médical établi par un psychiatre de l'établissement et datant de moins de vingt-quatre heures atteste que l'arrêt des soins entraînerait un péril imminent pour la santé du patient, le directeur n'est pas tenu de donner une suite favorable à la demande du tiers[80]. En outre, si un tel certificat atteste que la personne présente un risque pour la sûreté des personnes ou porte atteinte, de façon grave, à l'ordre public, le directeur de l'établissement doit avant de prononcer la levée de la mesure informer le Préfet et n'est pas tenu de répondre favorablement à la demande du tiers[81].
Dans les vingt-quatre heures qui suivent la levée de la mesure, le directeur de l'établissement doit informer le Préfet, la commission départementale des soins psychiatriques, les procureurs de la République et le tiers à l'initiative des soins[82].

B. La mainlevée prononcée par le juge des libertés et de la détention

Le juge des libertés et de la détention peut être saisi par diverses personnes ou d'office, aux fins de mainlevée de la mesure de soins psychiatrique[83].
En outre, le juge des libertés et de la détention peut prononcer la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète dans le cadre de son intervention de plein droit[84]. Si le juge ne statue pas dans les délais impartis, la mainlevée de la mesure est acquise[85].

78 - Article L. 3212-4, al. 1, CSP.

79- Article L. 3212-8, al. 1, CSP.

80 - Article L. 3212-9 CSP.

81 - Article L. 3212-9 CSP.

82 - Article L. 3212-8, al. 2, CSP.

83 - Article L. 3211-12, I, CSP.

84 - Article L. 3211-12-1, III, CSP.

85 - Article L. 3211-12-1, IV, CSP.

L'HOSPITALISATION PSYCHIATRIQUE SANS CONSENTEMENT LE CAS DES DETENUS

Mikaël Benillouche
Maître de conférences à l'Université de Picardie - Jules Verne
Membre du CEPRISCA

L'incarcération des malades mentaux est, avant tout, un problème éthique majeur. Cette situation a d'ailleurs fait l'un avis du Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé[1]qui constate que la prison est de plus en plus confrontée à la maladie mentale.

Ainsi : « La prison devient de plus en plus un lieu d'enfermement des malades psychiatriques : le taux de pathologies psychiatriques est 20 fois plus élevé en prison que dans la population générale. En 2004, une enquête épidémiologique demandée par la Direction Générale de la Santé (DGS) et la Direction de l'Administration pénitentiaire (DAP) révélait la présence de 14 % de détenus atteints de psychose avérée (plus de 8 000 détenus) dont 7 % (plus de 4 000 détenus) atteints de schizophrénies »[2].

Le constat est celui d'un déplacement de l'hôpital psychiatrique vers la prison. Or, « [l]'incarcération de personnes atteintes de maladies mentales graves ne peut qu'entraîner une perte de repères et de sens : perte du sens même de la peine et de l'emprisonnement, et en particulier de la notion de responsabilité pénale ; perte du sens même du soin et du rôle de soignant ; et même perte du sens du rôle de surveillant. »

Plus encore qu'un problème cantonné au malade même, il concerne également les codétenus pour lesquels « la pathologie mentale est aussi source de souffrance et de confusion pour les codétenus confrontés

1 - Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, La santé et la médecine en prison, avis no 94, 2006, http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis094.pdf

2 - Voir également les statistiques citées par J. L. Senon et C. Manzanera, Troubles mentaux et prison, AJ Pénal 2007, p. 155.

quotidiennement à la « folie », insupportable et contagieuse ».
Or, quel est le point commun entre la peine et le soin ? Comment concilier l'exécution de la peine avec les droits du malade ?
Face à l'ensemble de ces difficultés, le Comité a émis la recommandation suivante, sous forme de vœu, il faudrait rechercher hors des murs de la prison des solutions pour que les personnes souffrant de graves troubles psychiatriques quittent à jamais ce lieu.
En l'état du droit, la prise en charge psychiatrique des détenus a été confiée au service public hospitalier[3], avant que la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale ne transfère l'ensemble des soins en milieu pénitentiaire aux établissements de santé. Depuis la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, il s'agit d'une des missions de service public des établissements de santé[4].

Dans chaque région pénitentiaire, un ou plusieurs secteurs de psychiatrie en milieu pénitentiaire sont rattachés à un établissement de santé assurant la mission de service public de soins aux détenus. Chacun de ces secteurs comporte notamment un service médico-psychologique régional (SMPR)[5]. La loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale a complété le dispositif en prévoyant l'intervention des secteurs de psychiatrie générale dans les autres sites.
Le SMPR est un lieu d'accueil pour des soins librement consentis, intensifs, en ambulatoire, à temps partiel ou en hospitalisation pour les personnes détenues de l'ensemble des établissements de son secteur. Il n'est pas habilité à recevoir les hospitalisations d'office et ne prend donc en charge que les détenus consentants.
Il s'agit de secteurs de psychiatrie générale implantés par un établissement de santé en milieu pénitentiaire. Ils ont pour principales missions le dépistage des pathologies mentales chez les nouveaux arrivants, l'organisation des soins et du suivi psychiatriques de la population pénale et la coordination des soins psychiatriques dans les établissements pénitentiaires alentour. Ils possèdent une vocation régionale.
L'organisation des soins psychiatriques en milieu pénitentiaire repose sur une gradation des niveaux de prise en charge : les soins intensifs relèvent des SMPR tandis que les soins courants sont réalisés par les secteurs de psychiatrie générale au sein des unités de consultation et de soins ambulatoires (UCSA)[6].

Or, force est de constater que le législateur n'a pas trouvé la solution idoine aux problèmes éthiques posés. Pourtant, l'occasion s'est présen-

3 - Décret n° 86-602 du 14 mars 1986 relatif à la lutte contre les maladies mentales et à l'organisation de la sectorisation psychiatrique.

4 - Article L. 6112-1, 12°, du CSP.

5 - Article 11 du décret n° 86-602 du 14 mars 1986 aujourd'hui codifié à l'article R. 3122-5 du CSP.

6 - Guide méthodologique relatif à la prise en charge sanitaire des personnes détenues, Min. santé et min. justice, 2004, p. 46.

tée et ce, à au moins deux reprises : lors de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, mais également à l'occasion de la loi nº 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[7].
Si l'article 45 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire[8] prévoit que « la qualité et la continuité des soins sont garanties aux personnes détenues dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficie l'ensemble de la population » et que leur état psychologique « est pris en compte lors de leur incarcération et pendant leur détention ». Il s'agit de l'une des seules dispositions concernant l'état de santé des détenus contenues dans la loi.
Quant à la loi nº 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, elle se contente d'adapter les dispositions existantes à la réforme des soins psychiatriques sans consentement.
En attendant que le législateur, de sa propre initiative ou suite à la mise en exergue des insuffisances du droit positif, ne réforme la question, la situation sanitaire des détenus fait l'objet d'un dispositif juridique évolutif (section I), mais également d'un encadrement approfondi (section II).

Section I – Un dispositif juridique évolutif

Le cadre juridique ne relève pas exclusivement du droit interne (§ 1), mais également d'autres sources européennes et internationales (§ 2).

§ 1 : Un droit interne renforçant la prise en charge du détenu malade

Avant la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, l'hospitalisation sans consentement d'un détenu relevait du droit commun et donc des règles relatives à l'hospitalisation d'office ordinaire.

La loi nº 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 modifie substantiellement l'hospitalisation sans consentement. Toutefois, les modifications s'agissant des détenus[9] sont moins novatrices[10].
Depuis, la prise en charge des détenus atteints de troubles mentaux ne peut s'effectuer que sous la forme d'une hospitalisation complète[11] décidée suite

7 - J. L. Senon et C. Manzanera, Troubles mentaux et prison, AJ Pénal 2007, p. 155.

8 - P. Lamothe, Loi pénitentiaire et santé des détenus, Gaz. Pal., 28 janvier 2010, n° 28, p. 23.

9 - Articles L. 3214-1 à L. 3214-5 CSP.

10 - Certains n'hésitent pas à les qualifier de « mineures » voir même de « marginales » : V. Vioujas, Les soins psychiatriques aux détenus : des modifications mineures pour une problématique de santé publique majeure, RDSS 2011 p. 1071.

11 - Article L. 3214-1, I, CSP.

à un avis conjoint rendu par un psychiatre de l'établissement d'accueil, désigné par le directeur et participant à la prise en charge du patient, ainsi que par un psychiatre intervenant dans l'établissement pénitentiaire dans lequel la personne détenue était incarcérée avant son hospitalisation[12].
L'hospitalisation en soins psychiatriques est réalisée dans un établissement de santé habilité au sein d'une unité hospitalière spécialement aménagée ou, sur la base d'un certificat médical, au sein d'une unité pour malades difficiles (UMD)[13]. Dans l'attente de l'ouverture de l'ensemble des UHSA, les dispositions transitoires prévues par l'article 48-II de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice demeurent valables et les détenus sont pris en charge soit en UMD[14], soit dans des unités d'hospitalisation classiques.

La mesure d'admission en soins psychiatriques est soumise au contrôle périodique du juge des libertés et de la détention suivant les mêmes formes et périodicités que pour les autres patients[15].
Lorsque le juge des libertés et de la détention ordonne la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète d'une personne détenue faisant l'objet de soins, cette décision est notifiée sans délai à l'établissement pénitentiaire par le procureur de la République. Elle retourne alors en détention[16].
De plus, lorsqu'une personne détenue nécessite des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier en raison de troubles mentaux rendant impossible son consentement et constituant un danger pour elle-même ou pour autrui, le préfet de police à Paris ou le représentant de l'Etat dans le département dans lequel se trouve l'établissement pénitentiaire d'affectation du détenu prononce par

12 - Article L. 3214-2, alinéa 2, CSP. En revanche, comme pour les autres patients, si le détenu a été en séjour de plus de 1 an en UMD ou a fait l'objet d'une déclaration d'irresponsabilité pénale au cours des 10 dernières années, l'avis conjoint est remplacé par l'avis du collège de soignants mentionné à l'article L. 3211-9 CSP (article L. 3211-12-1 II, alinéa 2, CSP).

13 - Article L. 3214-1, II, CSP.

14 - L'article L. 3222-3 CSP indique qu'elles ont vocation à accueillir, sous la forme d'une hospitalisation complète, les personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat ou sur décision de l'autorité judiciaire 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. Le décret n° 2011-847 du 18 juillet 2011 relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge précise les modalités d'admission en UMD et confirme le rôle central de la commission de suivi médical dans cette procédure. Un suivi renforcé est désormais prévu pour les patients, qu'ils soient détenus ou non, séjournant depuis plus de 1 an en UMD, ou ayant séjourné plus de 1 an en UMD au cours des 10 dernières années, se traduisant par la prescription d'examens médicaux supplémentaires avant la levée des soins sans consentement, y compris dans le cadre du contrôle exercé par le juge des libertés et de la détention.

15 - Décret n° 2011-846 du 18 juillet 2011 relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques.

16 - Article L. 3214-2 CSP. Le retour en détention est organisé dans les conditions prévues par l'article L. 3214-5 CSP qui renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les modalités de garde, d'escorte et de transport des détenus hospitalisés en raison de leurs troubles mentaux (décret n° 2010-507 du 18 mai 2010 relatif aux modalités de garde, d'escorte et de transport des personnes détenues hospitalisées en raison de troubles mentaux). Les modalités de transport varient suivant les circonstances et des renforts des forces de police ou de gendarmerie sont prévus, en appui de l'escorte pénitentiaire, pour les détenus particulièrement signalés.

arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié, son admission en soins psychiatriques sous la forme d'une hospitalisation complète[17]. Le certificat médical ne peut émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil.

Ces dispositions dérogatoires sont-elles conformes aux droits fondamentaux du patient ? Certains auteurs s'interrogent sur leur conventionnalité et leur constitutionnalité[18].

Le Conseil constitutionnel n'a pas encore été saisi de la constitutionnalité de ces dispositions à la différence des articles L. 3211-2-1, L. 3211-12 II, L. 3211-12-1 I 3° et L. 3213- 8 du code de la santé publique[19].

Les personnes détenues ne sont donc pas concernées par la possibilité, introduite par la loi, de prise en charge sous une autre forme que l'hospitalisation complète sur la base d'un programme de soins. Cela résulte du défaut de modification des règles régissant la santé en prison et les fonctions des SMPR. Il n'existe donc pas de véritables motifs médicaux pour justifier cette carence dans l'offre de soins proposée, qui résulte davantage d'un manque de moyens évidents que d'un choix dicté par l'intérêt du patient[20]. En effet, lorsqu'elles seront toutes construites, les UHSA[21], ne permettront pas d'accueillir l'ensemble de la population pénale nécessitant des soins psychiatriques.
La loi nº 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 maintient le principe d'une hospitalisation des détenus en UHSA ou en UMD et adapte les conditions d'admission au nouveau régime des soins psychiatriques sans consentement.
Les UHSA ont, depuis l'origine, vocation à accueillir les hospitalisations avec ou sans consentement et leur ouverture entraîne donc un recentrage des SMPR sur les soins ambulatoires.

---

17 - Article L. 3214-3 CSP.

18 - E. Péchillon, Inconstitutionnalité de la procédure d'hospitalisation sous contrainte en cas de danger imminent fondée sur la seule notoriété publique : une réduction du pouvoir de police du maire, JCP A n° 5, 6 février 2012, 2040.

19 - CC, 20 avril 2012, n° 2012-235 QPC.

20 - E. Péchillon, Le nouveau cadre juridique des soins sous contrainte en psychiatrie : une réforme polémique, JCP A n° 37, 12 septembre 2011, 2295, n° 25.

21 - Ces unités d'hospitalisation ont été prévues par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 laquelle prévoyait la nécessité d'hospitalisation dans une unité hospitalière spécialement aménagée. Toutefois, les structures existantes n'étaient pas satisfaisantes. Il a fallu attendre le décret n° 2010-507 du 18 mai 2010 relatif aux modalités de garde, d'escorte et de transport des personnes détenues hospitalisées en raison de troubles mentaux (articles R. 3214-1 et suivants CSP) pour que les structures spécialisées soient créées sous la forme d'UHSA.
L'unité spécialement aménagée au sein d'un établissement de santé prend en charge les hospitalisations complètes avec ou sans leur consentement des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires : P. Darbeda, L'UHSA, une nouvelle structure d'hospitalisation psychiatrique des détenus, Rev. pénit. 2010, p. 673 ; E. Péchillon, Le droit des Unités Hospitalières Spécialement Aménagées (UHSA) : la création progressive de zones pénitentiaires dans les hôpitaux psychiatriques, AJ pénal 2010, p. 322.

La garde des personnes détenues hospitalisées dans les UHSA incombe à l'administration pénitentiaire. Elle est assurée dans le respect de la confidentialité des soins[22].
L'établissement de santé assure, par une organisation interne appropriée de l'unité spécialement aménagée, des conditions d'hospitalisation garantissant la protection des personnes détenues hospitalisées. La surveillance de l'enceinte et des locaux de l'unité spécialement aménagée ainsi que le contrôle des accès à cette unité sont assurés par le personnel pénitentiaire[23].
Toutefois, le personnel pénitentiaire n'a accès aux locaux de soins et aux chambres des patients que pour en assurer la fouille et le contrôle des équipements et aménagements spéciaux ou, à la demande du personnel hospitalier, lorsque la sécurité des personnes ou des biens est compromise.
Les personnes détenues hospitalisées dans l'unité spécialement aménagée continuent à exécuter leur peine ou leur détention provisoire[24].

L'UHSA est donc un hôpital à l'intérieur d'un établissement psychiatrique[25].
L'ensemble des établissements prévus d'ici la fin 2012, à savoir selon le plan interministériel santé-justice 17, devraient avoir une capacité de 440 places au total. Ce chiffre demeure marginal par rapport au nombre de détenus atteints de troubles psychiatriques. En effet, selon le rapport de l'Observatoire international des prisons[26], plus de 20 % des détenus seraient atteints de troubles psychotiques dont 7,3 % de schizophrénie. Il faut également souligner la confusion entre peine et soins, ce qui est d'autant plus problématique si l'on considère, « à l'instar d'un rapport d'information du Sénat en 2010, que la prison n'est pas un lieu de soins ».

L'opportunité de ces nouvelles dispositions est critiquée dans la mesure où elle entretient la confusion entre maladie mentale et criminalité[27].

En conséquence, malgré l'instauration des UHSA, l'essentiel des soins continuera à être effectué dans le cadre des SMPR. Or, le Sénat souligne les insuffisances de la prise en charge médicale au sein des SMPR et reprend la mise en garde du Comité Consultatif National d'Ethique sur la santé et la médecine en prison selon laquelle l'incarcération peut être source d'aggravation des troubles mentaux de certains détenus[28].

22 - Article R. 3214-5 CSP.

23 - Article R. 3214-8 CSP.

24 - Article R. 3214-16 CSP.

25 - La première UHSA a été ouverte le 18 mai 2010 à Lyon, avec une capacité de 60 places.

26 - *Les conditions de détention en France*, chapitre « Psychiatrie », Editions la Découverte 2012.

27 - CEDH, 23 février 2012, G. c/ France, requête n° 27244/09, § 49.

28 - Rapport d'information du 5 mai 2010 sur « la prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis des infractions ».

Ainsi, les moyens en personnels médicaux demeurent insuffisants. De plus, l'hospitalisation au SMPR est pour l'essentiel une hospitalisation de jour, compte tenu de l'absence de personnel soignant la nuit dans la plupart des cas et de l'impossibilité d'y accueillir des détenus sans leur consentement.
Quant à la Cour des comptes elle a relevé dernièrement que certains locaux des SPMR sont vétustes[29].

Les avancées juridiques en la matière sont donc limitées et leur mise en œuvre est fort peu effective.
Il n'en demeure pas moins que le droit interne a donc quelque peu évolué et ce, notamment afin d'assurer le respect des sources supranationales.

§ 2 : Les sources supranationales protectrices du détenu malade

Les règles relatives à la privation de liberté doivent respecter de nombreuses dispositions de droit supranational.

Parmi celles-ci figure la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme prohibe la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. Le droit des personnes détenues malades a connu des avancées décisives sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme[30]. La juridiction s'est déjà penchée à plusieurs reprises sur la compatibilité du maintien en détention des personnes souffrant de pathologies graves, tant physiques[31] que mentales[32].
Quant à l'article 2 de la Convention, il garantit le droit de toute personne à la vie. A ce titre, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de préciser que cette disposition « astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort des personnes relevant de sa juridiction, de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre préventivement toutes les mesures nécessaires pour protéger celles-ci contre le fait d'autrui ou, le cas échéant, contre elles-mêmes »[33].
Enfin, l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit le droit à la sûreté en prohibant les détentions arbitraires. Celui-ci concerne à la fois les détenus, mais aussi les personnes hospitalisées d'office sans leur consentement[34].

---

29 - L'organisation des soins psychiatriques : les effets du plan « psychiatrie et santé mentale » (2005-2010), Rapport public, décembre 2011, chapitre « Le programme « santé-justice » : des progrès encore inaboutis », http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//114000731/0000.pdf

30 - J.-P. Céré, Le détenu malade : le traitement du droit européen, AJ pénal 2010, 325 ; P. Hennion-Jacquet, Soigner et punir : l'improbable conciliation entre santé et prison, RDSS 2007, p. 259.

31 - CEDH, 14 novembre 2002, Mouisel c/ France, requête no 67263/01, § 42.

32 - CEDH, 11 juillet 2006, Rivière c/ France, requête nº 33834/03, § 64, D. 2007. 1229, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon, RSC 2007. 350, chron. P. Poncela, RTDH 2007. 261, note J.-P. Céré.

33 - CEDH, 16 novembre 2000, Tanribilir c/ Turquie, requête n° 21422/93, § 70, AJDA 2000. 1006, chron. J.-F. Flauss, RFDA 2001. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre.

34 - CEDH, 24 octobre 1979, Winterwerp c/ Pays-Bas, Cah. dr. eur. 1980, p. 464, obs. G. Cohen-Jonathan.

Par ailleurs, les Règles pénitentiaires européennes contiennent des dispositions relatives aux soins psychiatriques des détenus.
Adoptées pour la première fois en 1973, les Règles pénitentiaires européennes visent à harmoniser les politiques pénitentiaires des Etats membres du Conseil de l'Europe et à faire adopter des pratiques et des normes communes. Il s'agit de recommandations adoptées par le Comité des ministres, qui n'ont donc pas de valeur contraignante pour les Etats[35].
Les Règles pénitentiaires européennes, résultantes de la Recommandation R (2006)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles pénitentiaires européennes, précisent que les personnes souffrant de maladies mentales et dont l'état de santé mentale est incompatible avec la détention devraient être détenues dans un établissement spécialement conçu à cet effet. Toutefois, si ces personnes sont exceptionnellement détenues dans une prison, leur situation et leurs besoins doivent être régis par des règles spéciales[36].
Plus encore, la Recommandation R (98)7 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire pose un certain nombre de principes tels que l'accès à un médecin, l'équivalence des soins, le consentement des malades, le secret médical et l'indépendance professionnelle. Toutefois, les règles qui y figurent prévoient une adaptation de ces exigences au milieu carcéral
Bien que ces dispositions soient non contraignantes, la Cour européenne des droits de l'homme insiste sur leur importance[37].

En outre, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 instaure un Comité de prévention de la torture.

Enfin, la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe le 26 novembre 1987 instaure un Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants.

Ces deux Comités se rendent régulièrement dans les centres où les détenus sont incarcérés et dressent un état de leurs constatations dans des rapports susceptibles de pointer les lacunes du droit interne.

En effet, le cadre juridique applicable en France s'avère insuffisant, comme en attestent les différents organes ayant contrôlé la prise en compte des détenus malades.

35 - J.-P. Céré, La mise en conformité du droit pénitentiaire français avec les règles pénitentiaires européennes : réalité ou illusion ?, Rev. pénit. 2009. 111.

36 - Règles 12.1 et 12.2.

37 - CEDH, 20 janvier 2009, Sławomir Musiał c/ Pologne, requête no 28300/06, § 96.

Section II – Un dispositif juridique encadré

La période actuelle se caractérise par une fermeté croissante de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (§ 1), mais également une affirmation progressive de contrôles internes (§ 2).

§ 1 : La fermeté croissante européenne

La Cour européenne des droits de l'homme semble devenir plus exigeante quant à l'évaluation qu'elle fait de la compatibilité entre le milieu carcéral et la condition d'un individu souffrant de pathologies.

Les détenus malades disposent d'une protection renforcée se traduisant par des obligations positives mises à la charge des Etats membres pour qu'ils bénéficient de soins médicaux appropriés, notamment en cas de troubles psychiques[38]. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme incite à prendre en compte leur vulnérabilité particulière ainsi que « leur incapacité, dans certains cas, à se plaindre de manière cohérente ou à se plaindre tout court des effets d'un traitement donné sur leur personne »[39].
La jurisprudence de la Cour impose que les modalités d'exécution de la peine de prison « ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier soient assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis »[40].
Tout manquement à cette exigence est considéré comme un traitement contraire à l'article 3 de la Convention. Pour fonder son jugement, la Cour prend en considération l'encadrement médical, comme le recours à un médecin psychiatre pour un détenu souffrant de troubles mentaux, la diligence et la fréquence des soins ainsi que leur adéquation à la situation particulière du détenu[41].
De plus, la Cour estime que l'article 3 a été méconnu dès lors que l'épreuve de la détention en tant que telle s'avère particulièrement pénible en raison de l'incapacité de l'individu d'endurer une telle mesure[42].

---

38 - CEDH, 3 avril 2001, Keenan c/ Royaume-Uni, requête n° 27229/95. En l'occurrence, le fait que l'état du détenu ait été apprécié et son traitement défini sans que soient consultés des spécialistes en psychiatrie est constitutif de graves lacunes dans les soins médicaux prodigués à un malade mental aux tendances suicidaires préétablies.

39 - CEDH, 11 juillet 2006, Rivière c/ France, requête n° 33834/03, § 63 ; 20 janvier 2009, Sławomir Musiał c/ Pologne, requête no 28300/06, § 87.

40 - CEDH 26 octobre 2000, Kudla c/ Pologne, requête n° 30210/96, § 94, RFDA 2001. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre, RSC 2001. 881, obs. F. Tulkens. Dans le cas d'espèce, la Cour ne retient aucun manquement à l'article 3 dans la mesure où le requérant, bien que souffrant de troubles dépressifs et ayant déjà tenté de se suicider, était suivi par un psychiatre.

41 - CEDH, 9 septembre 2010, Xiros c/ Grèce, requête n° 1033/07, § 75.

42 - CEDH, 12 juin 2008, Kotsaftis c. Grèce, no 39780/06, § 50.

Une décision récente semble attester d'une exigence accrue de la Cour[43]. En l'occurrence, le requérant souffrait de troubles du comportement et avait alterné incarcérations et hospitalisations en milieu psychiatrique entre 1996 et 2004. Il était atteint d'une psychose chronique de type schizophrénique générant des troubles hallucinatoires et délirants, ainsi que des conduites agressives et addictives.
Il a finalement été déclaré pénalement irresponsable par une cour d'assises d'appel. Incarcéré en centre pénitentiaire en 2005 à la suite d'une dégradation, il avait dès son arrivée au centre pénitentiaire mit le feu à son matelas. Placé par la suite dans une cellule avec un codétenu, le feu s'était déclaré dans la cellule, son codétenu devant décéder des suites de ses blessures.
Le requérant se plaignait dans un premier temps du déroulement d'une procédure alors qu'il était atteint de troubles mentaux, qui ne répondrait pas aux exigences d'un procès équitable. La Cour, tout en admettant que la maladie et le traitement médical avaient pu entraîner des moments de désaffection voire de souffrance au moment du procès, a estimé que cela ne lui permettait pas, pour autant, de conclure que l'altération de la capacité du requérant l'avait empêché de se défendre au point de n'être pas conscient de l'enjeu de la procédure. La Cour a notamment relevé que le requérant était représenté par des avocats expérimentés qui ont pu l'assister et lui faire comprendre l'importance de l'enjeu du procès. Elle a donc conclu à l'absence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention.
Le requérant soutenait également n'avoir pas eu de traitement approprié entre 2005 et 2009, alors que ses troubles mentaux, ce qui nécessitaient un traitement adapté en hôpital psychiatrique. Sa réincarcération à chaque amélioration de son état de santé constituait selon lui un traitement inhumain et dégradant contraire aux dispositions de l'article 3 de la Convention. La Cour avait déjà eu l'occasion de conclure que le placement d'un détenu souffrant de troubles mentaux graves et chroniques, dont la schizophrénie, dans un établissement inapte à l'incarcération des malades mentaux pose de graves problèmes au regard de la Convention. Elle a estimé en l'espèce que le maintien en détention du requérant sur une période de quatre années avait entravé le traitement médical que son état de santé exigeait, et lui avait infligé une épreuve qui excédait le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention. En conséquence, elle a conclu à un traitement inhumain et dégradant et donc à une violation de l'article 3 de la Convention.
Le fait que les autorités nationales aient également estimé que la prise en charge psychiatrique en détention et de l'urgence à faire en sorte que les détenus qui souffrent de graves troubles mentaux soient hospitalisés a été mis en exergue par la Cour[44].

43 - CEDH, 23 février 2012, G. c/ France, requête n° 27244/09.

44 - CEDH, 23 février 2012, G. c/ France, requête n° 27244/09, § 73.

La Cour observe ainsi que l'alternance des soins, en prison et dans un établissement spécialisé, et de l'incarcération faisait manifestement obstacle à la stabilisation de l'état de l'intéressé[45], démontrant ainsi son incapacité à la détention au regard de l'article 3 de la Convention.

Outre les décisions rendues sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour a déjà également constaté une violation de l'article 2 en cas de suicide du détenu malade. Or, la France présente le taux de suicide en prison le plus important d'Europe[46].
La Cour a ainsi condamné la France pour manquement à son obligation de protéger le droit à la vie suite au suicide d'un détenu[47]. A cet égard, la Cour considère que les autorités, en présence d'un détenu dont il est avéré qu'il souffre de graves problèmes mentaux et présente des risques suicidaires, doivent prendre des « mesures particulièrement adaptées en vue de s'assurer de la compatibilité de cet état avec son maintien en détention »[48].

En outre, lors de ses visites, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants rend régulièrement visite aux Etats signataires et a pointé les insuffisances de la France dans la prise en charge des détenus malades. Ainsi, dans son rapport de 2007 relatif à la visite en France effectuée du 27 septembre au 9 octobre 2006, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants relevait « l'état dramatique dans lequel se trouve la psychiatrie pénitentiaire »[49].
Le Comité a même enjoint à la France de « recevoir des informations sur la stratégie envisagée à court et moyen termes pour faire face à cette situation et à la prévalence croissante des affections psychiatriques dans la population carcérale. »
Le mémorandum du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe Hammarberg, faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008, en sa partie relative à la prise en charge des maladies psychiatriques, va dans le même sens[50].

Le constat de la Cour et du Comité conduit à s'interroger sur la prise en charge des détenus malades et à mettre en évidence les lacunes du droit positif. Ainsi, l'absence d'alternative à l'enfermement semble constituer,

---

46 - Le taux était de 19 suicides pour 10000 personnes écrouées en 2008. V. *Suicide en prison : la France comparée à ses voisins européens*, Populations et Société, INED, n° 462, 2009.

47 - CEDH, 16 octobre 2008, Renolde c/ France, requête n° 5608/05, AJ pénal 2009. 41, note J.-P. Céré, RDSS 2009. 363, note P. Hennion-Jacquet, RSC 2009. 173, chron. J.-P. Marguénaud.

48 - CEDH, 16 octobre 2008, Renolde c/ France, requête n° 5608/05, § 98. Dans le même sens, CEDH, 21 octobre 1998, Kilavuz c/ Turquie, requête n° 8327/03.

49 - § 203.

50 - § 48.

dans des cas graves, une atteinte aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. La mise en place de contrôles internes ne permet pas encore de pallier certaines insuffisances.

§ 2 : L'affirmation progressive de contrôles internes

La situation sanitaire alarmante des prisons françaises ne cesse d'être dénoncée par les autorités[51]. Toutefois, même si des évolutions s'esquissent et qu'on dénote une réelle volonté d'amélioration de la situation, les avancées demeurent plus que mesurées.

Quant aux juridictions internes, l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, ainsi que le contrôle de conventionnalité peut conduire à censurer les dispositions législatives applicables.

Cependant, la première QPC formée sur l'incompatibilité alléguée avec l'absence d'alternative à l'hospitalisation complète des détenus a été jugée « non sérieuse » par le Conseil d'Etat[52]. Toutefois, un commentateur s'interroge :
« Est-ce la formulation de la requête qui conduit à ce rejet ? L'ensemble des doutes portant sur ces dispositions est-il levé [...] ? »[53].

Toutefois, une autre QPC a abouti à l'annulation de certaines dispositions issues de la réforme[54].
A cette occasion, le Conseil a indiqué qu'elles étaient les normes constitutionnelles applicables.
Selon le Conseil constitutionnel, « 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 ». Le législateur doit assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sau-

51 - Rapport de la commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France, Prisons : une humiliation pour la République, Sénat, 2000, n° 449 ; Rapport de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, AN, 2001, n° 2521 ; Inspection Générale des Services Judiciaires et Inspection Générale des Affaires Sociales, L'organisation des soins aux détenus, Rapport d'évaluation, juin 2001, http://www.cnle.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_FATOME_Juin_2001_L_organisation_des_soins_aux_detenus.pdf ; Commission nationale consultative des droits de l'homme, Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues, 19 janvier 2006, http://prison.eu.org/spip.php?article7681 ; Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, La santé et la médecine en prison, avis no 94, 2006, http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis094.pdf ; Rapport d'information sur la prise en charge sanitaire, psychologique et psychiatrique des personnes majeures placées sous main de justice, AN, 2009, n° 1811 ; Prison et troubles mentaux : comment remédier aux dérives du système français ?, Sénat, 2010, n° 434...

52 - CE, 8 février 2012, n° 352667 et 352668, Assoc. cercle de réflexion et de proposition d'action sur la psychiatrie – CRPA.

53 - E. Péchillon, Nouvelle saisine du Conseil constitutionnel à propos de la réforme du soin sous contrainte : les limites de la QPC en matière de protection des libertés, JCP A n° 7, 20 février 2012, act. 106.

54 - CC, 20 avril 2012, n° 2012-235 QPC.

vegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Or, au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire. Enfin, les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis[55].
Le Conseil a admis que les détenus fassent l'objet d'une différence de traitement. Toutefois, le législateur aurait du « adopter les garanties légales contre le risque d'arbitraire encadrant la mise en œuvre de ce régime particulier ».
Il a estimé que l'hospitalisation en unité pour malades difficiles était imposée sans garanties légales suffisantes, notamment en ce qui concerne la levée de ces soins.
De même, « la transmission au représentant de l'État par l'autorité judiciaire est possible quelles que soient la gravité et la nature de l'infraction commise en état de trouble mental ; que les dispositions contestées ne prévoient pas l'information préalable de la personne intéressée ; que, par suite, faute de dispositions particulières relatives à la prise en compte des infractions ou à une procédure adaptée, ces dispositions font découler de cette décision de transmission, sans garanties légales suffisantes, des règles plus rigoureuses que celles applicables aux autres personnes soumises à une obligation de soins psychiatriques, notamment en ce qui concerne la levée de ces soins »[56].
Par conséquent, les articles L. 3211-12 II et L. 3213-8 du code de la santé publique ont été déclarés contraires à la Constitution. Toutefois, en raison des conséquences manifestement excessives qu'aurait engendrées une abrogation immédiate, la date de cette abrogation a été reportée au 1er octobre 2013 afin que le législateur puisse y pallier.
D'autres QPC pourraient induire de nouvelles modifications législatives.

Quant aux juridictions judiciaires, elles appliquent les dispositions nouvelles sans que l'incompatibilité aux droits fondamentaux n'ait, à l'heure actuelle, été relevée[57].

Une évolution timide semble s'esquisser. Ainsi, le plan gouvernemental 2010-2014 d'amélioration de la prise en charge sanitaire des personnes détenues comporte un chapitre sur la réorganisation de l'offre de soins en santé mentale. Cette réaction timorée semble largement insuffisante. Un praticien dénonce justement que « la grande loi psychiatrique promise tarde à voir le jour. Le nouveau plan psychiatrie et santé mentale, annoncé pour la fin de l'année 2011, sera peut-être l'occasion

55 - Considérant n° 8.

56 - Considérant n° 28.

57 - CA Lyon, 1er président, ord. 1er février 2012, n° 12/00444, n° R.G. : 12/00444.

d'améliorer les conditions de prise en charge des personnes souffrant de troubles mentaux, détenues ou non »[58].

Ces difficultés résultent également dans la situation particulière des malades concernés. En effet, s'il paraît facile de contester théoriquement que les avancées de la loi nº 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 quant à l'offre de soins n'aient pas été étendues aux détenus, il convient de relever que, pratiquement, cette extension aurait suscité des interrogations et un danger réel pour la population. En effet, si le malade concerné est détenu, c'est qu'il a été reconnu responsable pénalement, qu'il n'a pas bénéficié des dispositions de l'article 122-1 alinéa 1er du code pénal[59]. Etant responsable, il doit exécuter sa peine, sans que sa maladie puisse générer une sortie prématurée. Plus encore, à l'heure où le législateur ne cesse d'affirmer sa volonté de lutter contre la récidive[60] il semblerait paradoxal de permettre de traiter un malade étant déjà passé à l'acte et donc dangereux autrement que par une hospitalisation complète. Au premier cas de récidive, il ne ferait nul doute que la disposition serait immédiatement abrogée.

En conclusion, le constat est celui d'un manque cruel de moyens empêchant l'effectivité des dispositions existantes à l'égard des détenus malades. Or, l'amélioration de leur situation est une exigence non seulement éthique, mais également juridique. Elle passe par le développement des UHSA pour intégrer davantage de malades. Une telle volonté pourrait d'ailleurs, à terme, avoir pour effet de traiter mieux, donc de soigner et finalement d'éviter de nouveaux passages à l'acte. C'est finalement non seulement aux détenus que les progrès bénéficieraient mais également à l'ensemble de la société. Jusqu'à présent, enfermer les malades permettait à la société de ne plus les voir. Prendre le risque de les soigner permettrait de les faire sortir...pour ne plus qu'ils aient un jour à retourner en détention. L'amalgame entre maladie et délinquance semble si fortement ancré dans la société, qu'il faut, avant tout, faire œuvre de pédagogie, et faire évoluer l'image de la société sur ces détenus !

58 - V. Vioujas, Les soins psychiatriques aux détenus : des modifications mineures pour une problématique de santé publique majeure, RDSS 2011 p. 1071.

59 - A savoir un trouble psychique ou neuro-psychique ayant aboli le discernement.

60 - V. notamment J.-H. Robert, Récidive législative. - Commentaire de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, Dr. pénal n° 5, mai 2010, étude 8 et s'agissant du dernier projet de loi présenté : W. Roumier, Présentation du projet de loi relatif à l'exécution des peines, Dr. pénal n° 1, janvier 2012, alerte 1, Focus.

LE PREFET DANS LES DIFFERENTES PROCEDURES D'HOSPITALISATION SANS CONSENTEMENT

Olivier Février †
Maître de conférences à l'Université d'Evry-Val d'Essonne
Avocat à la Cour

et

Julie Diebold
Avocat à la Cour
Chargée de cours à l'Université d'Evry-Val d'Essonne

La loi du 5 juillet 2011 relative aux soins psychiatriques sans consentement[1] tente d'opérer un changement de paradigme dans la mesure où elle met en avant « la nécessité des soins plutôt que la forme que ceux-ci peuvent prendre et que, par là même, elle met fin au primat de l'enfermement ou de l'internement »[2]. Toutefois on ne saurait exagérer ce changement de paradigme. La loi du 5 juillet 2011 n'opère pas de renversement d'épistémè, c'est-à-dire, en l'occurrence, d'un basculement de l'ordre sur le fondement duquel étaient traditionnellement pensées la folie et l'aliénation. Même si elle se présente comme une réforme de fond de la loi du 27 juin 1990, la loi de 2011 conserve plusieurs principes acquis.

D'une part, elle écarte en tant que de besoin le consentement du patient. A ce titre, elle constitue une entaille dans les libertés du malade. D'autre part, elle conserve le triptyque institutionnel : autorité médicale, autorité judiciaire, autorité administrative, étant précisé qu'elle introduit le principe de participation entre ces trois autorités sans, au

1 - 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.

2 - Rapport n° 3189 de M. Guy Lefrand, député, au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 2 mars 2011, p. 40.

moins, formellement, organiser davantage sur le mode coopératif que sur le mode de l'opposition[3] et cela même si les objectifs de ces trois autorités ne sont pas exactement identiques - l'autorité médicale faisant prévaloir la sûreté du patient, l'autorité judiciaire et plus particulièrement le Juge des Libertés et de la Détention garantissant la liberté du malade, tandis que l'autorité administrative (et notamment le représentant de l'Etat ou Préfet) étant garant de la sûreté de la société et de l'ordre public.

On soulignera également que la loi de 2011 n'a pas été adoptée dans un contexte de sérénité. Le Président de la République ayant, préalablement à la rédaction de ce texte, alimenté une polémique à la suite d'un tragique fait divers impliquant une personne souffrant de troubles mentaux, le rapporteur du projet ayant démissionné suite au rejet du texte par la commission des affaires sociales du Sénat et enfin, le projet lui-même contraint d'être repris à la suite de deux décisions QPC du 26 novembre 2010 et 9 juin 2011[4].

On ne saurait soutenir que la loi du 5 juillet 2011 fait disparaître toute notion de contrainte. En effet, cette notion, malgré le changement de terminologie privilégiant la notion de « soins psychiatriques », n'a pas disparu. Pour autant, sans y mettre fin mais « en la diversifiant, en la rendant proportionnelle, en l'individualisant et en l'encadrant davantage, renouvelle cette notion en profondeur »[5].

Dans ce contexte, il paraissait difficile de réduire à la portion congrue les pouvoirs du préfet en ce qui concerne les soins psychiatriques sans consentement. Il paraissait prépondérant au nom de la sûreté de la société et de l'ordre public. Pour reprendre les propos de Guy Lefranc, Rapporteur au nom de la commission des affaires sociales de l'Assemblée Nationale, les préoccupations exprimées dans le cadre de la loi, « ne sont donc pas d'ordre purement sanitaires mais s'attachent à préserver un équilibre fragile entre santé, sécurité et liberté »[6].

---

3 - *Contra* C. Castaing, Pouvoir administratif versus pouvoir médical, AJDA 2011. 2055.

4 - Cons. Constit. 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC, Mlle Danielle S., AJDA 2011. 174, note X. Bioy ; ibid. 2010. 2284; D.2011.1713, obs. V. Bernaud et L. Gay; ibid. 2565, obs. A. Laude; RFDA 2011. 951, etude A. Penna ; RDSS 2011. 304, note O. Renaudie; Constitutions 2011. 108, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2011. 101, obs. J. Hauser ;B. Poujade, Question prioritaire de constitutionnalité et hospitalisation sans consentement, Gaz. Pal. 10 novembre 2011, p. 16 ; X. Bioy, Santé Publique : la nécessité du contrôle de la nécessité de l'hospitalisation sans consentement, Gaz. Pal. 29 juin 2011, p. 12 ; K. Grabarczyk, L'hospitalisation sans consentement sous les feux des juges européens et constitutionnels, JCP, 14 février 2011, n°7, p. 325 ; N. Albert, Il est interdit d'internet... sans contrôle judiciaire, JCP Adm. 6 déc. 2010, n°49, p. 7 ; Ch-A. Dubreuil, Inconstitutionnalité partielle de la procédure d'hospitalisation sans consentement, JCP, 6 déc. 2010, n°49, p. 2288 ; LPA 2010, n°255, p.5, note C. Castaing. - Cons. Constit. 9 juin 2011, n°2011-135/140 QPC, M. Abdellatif B. et a., AJDA 2011. 1177 ; D. 2011. 2565, obs. A. Laude ; RFDA 2011. 951, étude A. Pena ; Constitutions 2011. 400, obs. X. Bioy ; JCP Adm. N°26, note E. Péchillon, pp. 4-5 ; RTD civ. 2011. 514, obs. J. Hauser. V. également, S. Prieur, « « L'encadrement juridique des soins psychiatriques sans consentement : réflexions sur une réforme controversée (loi n°2011-803 du 5 juillet 2011) », Revue générale de droit médical, n°40, septembre 2011, pp. 197-209.

5 - V. Doumeng De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques.... La fin de la contrainte, Revue générale de droit médical, n°43, juin 2012, pp.375-396.

6 - Rapport AN n° 3189 *op.cit.*, p. 131.

Aux termes de la loi du 5 juillet 2011 et de ses décrets d'application[7] codifiés dans le Code de la Santé Publique (CSP), le préfet dispose donc d'un certain nombre de moyens d'action destinés à lui permettre de veiller à la préservation de la sûreté des personnes et de la protection de l'ordre public (Section I). Mais, en organisant également une meilleure information du préfet, en particulier par le corps médical, la loi du 5 juillet 2011 lui donne les moyens de trouver un équilibre entre sa mission de gardien de l'ordre public et le respect des droits et libertés de l'individu (Section II).

Section I – Les pouvoirs d'action du préfet

La procédure relative à l'admission en soins sans consentement sur décision du représentant de l'Etat[8] est prévue par les articles L.3213-1 à L.3213-11 du CSP. Cette procédure reposant sur l'intervention du préfet, au titre de la sûreté des personnes et de la protection de l'ordre public, elle ne saurait ne répondre qu'à des objectifs purement sanitaires mais également, sécuritaires[9]. Outre la procédure qui lui est spécifiquement attribuée, le préfet dispose également de moyens d'interventions dans la mise en œuvre des autres procédures de soins sans consentement.

§ 1 : Conditions de l'admission en soins sans consentement

Aux termes de l'article L.3213-1-I du CSP, les conditions essentielles de la compétence et du pouvoir d'intervention du préfet n'ont pas été modifiées. Elles sont au nombre de deux et doivent impérativement être remplies :

- l'existence de troubles mentaux nécessitant des soins,
- ces troubles doivent compromettre la sûreté des personnes ou porter atteinte de façon grave à l'ordre public.

En raison de l'analogie avec la procédure sur demande d'un tiers sur laquelle portait la décision, répondant à une question prioritaire de constitutionnalité, rendue par le Conseil Constitutionnel[10], les formalités exigées en matière d'admission et de maintien en soins sans consentement sur décision du représentant de l'Etat n'ont pas été allégées. En

7 - Décret n°2011-846 du 18 juillet 2011 relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques ; Décret n°2011-847 du 18 juillet 2011 relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge ; Décret n°2011-898 du 28 juillet 2011 relatif aux dispositions d'application en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie Française de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011.

8 - Aux termes de la loi du 5 juillet 2011, le représentant de l'Etat est le représentant de l'Etat dans le département et à Paris, le préfet de police (article L.3213-10 du CSP).

9 - Rapport AN n°3189 *op.cit.*, p. 131.

10 - Cons. Constit. 26 novembre 2010, n°2010-71 QPC, *op. cit.*

revanche, les personnes admises sans consentement suite à une déclaration d'irresponsabilité pénale ainsi que les personnes ayant séjourné en unité pour malades difficiles (UMD) font l'objet d'un encadrement plus poussé.

1. - Dans le cadre de la procédure « normale » d'admission en soins sans consentement, le préfet prononce par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié ne pouvant émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil, l'admission en soins psychiatriques 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.

Le préfet peut également être saisi, dans le cadre de l'admission en soin sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent, par le directeur de l'établissement.

Ce dernier saisi d'une demande de levée de la mesure présentée par la famille, la personne chargée de la protection juridique ou toute personne justifiant d'une qualité pour agir dans l'intérêt du patient, n'est pas tenu de faire droit à cette demande si un certificat médical (ou un avis médical en cas d'impossibilité d'examiner le patient) datant de moins de vingt-quatre heures et établi par un psychiatre de l'établissement atteste que l'arrêt des soins entrainerait un péril imminent pour la santé du patient.
En ce cas, le directeur de l'établissement informe « préalablement à la levée de la mesure de soins, le représentant de l'Etat. Ce dernier peut alors prendre une mesure d'admission en soins psychiatriques[11] ».

Le préfet arrête également l'admission en soins sans consentement en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, les personnes dont le comportement révèle des troubles mentaux manifestes[12].

Ce danger doit être attesté par un avis médical, le Conseil Constitutionnel ayant annulé, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, la référence à la notoriété publique dans sa décision du 6 octobre 2011[13].

Rappelons, dans cette hypothèse que le préfet n'est pas, en réalité, à l'origine de la mesure. Les premières mesures sont arrêtées par le maire ou, à Paris, par les commissaires de police. Cependant, ces mesures ont un caractère provisoire et il doit en être référé au préfet, lequel prononce, le cas échéant, l'admission en soins sans consentement.

11 - Articles L. 3212-9 et L. 3213-6 CSP.

12 . Article L. 3213-2 CSP.

13 - Cons. Constit. 9 juin 2011, n°2011-135/140 QPC, *op. cit.*

Faute de décision, la mesure provisoire prise par le maire ou le commissaire de police, à Paris, devient caduque au terme d'un délai de quarante-huit heures.

Pour autant, cette mesure provisoire reste le fait générateur et le point de départ des certificats et avis médicaux qui doivent ensuite être produits à échéance régulière ainsi que des décisions qui en découlent.

Enfin le préfet est compétent pour prononcer l'admission en soins sans consentement, une personne détenue nécessitant, en raison de troubles mentaux rendant impossible son consentement et constituant pour elle-même ou pour autrui un danger, des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier[14].

Il prononce également l'admission, sur saisine des autorités judiciaires, des personnes ayant bénéficié, sur le fondement du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, d'un classement sans suite, d'une décision d'irresponsabilité pénale ou d'un jugement ou arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale, et dont l'état mental nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public.

On notera que, même lorsque la demande émane des autorités judiciaires, détentrices d'un pouvoir d'appréciation non négligeable et ayant été amenées à connaître des faits délictueux, voire criminels, de personnes dont l'état mental est perturbé, le législateur maintient les conditions exigées par l'article L.3213-1, à savoir la nécessité des soins et l'atteinte grave à l'ordre public ou le risque d'atteinte à la sûreté des personnes.

2. - Ces différentes hypothèses d'admission amènent à se pencher sur plusieurs des conditions les encadrant. Dès à présent, on peut regretter certaines imprécisions dans le corps textuel relatif à l'admission d'une personne en soins sans consentement.

a. - Tout d'abord, sur le contenu du certificat médical sur lequel le préfet fonde son arrêté d'admission en soins.

L'article L.3213-1 ne fait référence qu'à un certificat médical circonstancié. Or, la forme et le contenu dudit certificat médical ne sont pas précisés. Le décret du 18 juillet 2011[15] est venu préciser que les certificats et avis médicaux établis sont « précis et motivés ». Ils doivent être en outre, dactylographiés[16].

14 - Article L. 3214-3 CSP.

15 - Décret n°2011-847, *op. cit.*

16 - Article R. 3213-3 CSP.

Cependant, le renvoi au certificat médical initial n'est pas clairement fait. En outre, si la circulaire du 11 août 2011 vient préciser l'avis motivé du psychiatre sur la forme de la prise en charge, donc postérieure à l'admission, elle ne fait pas de référence au certificat médical initial. Certes, il semble tout à fait logique que le premier certificat médical établi, qui va déclencher la procédure d'admission soit particulièrement motivé. C'est, sans conteste, ce qu'il faut entendre par « circonstancié ». Cependant, un rappel supplémentaire sur ce sujet aurait permis d'une part, de fixer cette exigence et d'autre part, de rassurer, peut-être, les craintes relatives à l'aspect sécuritaire du dispositif.

Cette remarque n'est pas si évidente qu'il n'y paraît. Dans le projet de loi d'origine, le législateur n'avait pas précisé que le certificat médical visé par l'article L.3213-1-I, devait être établi par un psychiatre extérieur à l'établissement d'accueil. Cette précision résulte d'un amendement déposé par le Rapporteur de la commission des affaires sociales de l'Assemblée Nationale. Cela souligne que le législateur n'avait pas nécessairement pris toute la mesure de la difficulté d'équilibrer préservation de l'ordre public et protection de l'individu. Il était tout aussi important de poser des verrous dès le commencement de la procédure.

b. - Ensuite, il faut souligner que le texte impose une réelle obligation de motivation de l'arrêté d'admission pris par le préfet.
Aux termes de l'article L. 3213-1 CSP, il doit être motivé et énoncer avec précision les circonstances qui ont rendu l'admission en soins nécessaire. Dès lors, il en ressort que non seulement le certificat médical sur lequel le préfet fonde son arrêté mais également l'arrêté lui-même doivent faire l'objet d'une motivation quant à la décision prise. Cette « double motivation » permettra nécessairement la possibilité d'un véritable contrôle juridictionnel, en particulier par le juge des libertés et de la détention.

c. - Enfin, on peut également regretter le manque de précision du texte quant à la validité dans le temps de l'arrêté d'admission en soins psychiatriques non consentis.
En effet, cette durée ressort, en réalité, en creux, de la lecture des dispositions de l'article L.3213-4 qui prévoit que « dans les trois derniers jours du premier mois suivant la décision d'admission en soins psychiatriques mentionnée au I de l'article L. 3213-1 (...), le représentant de l'Etat dans le département peut prononcer, au vu du certificat médical ou de l'avis médical mentionné à l'article L. 3213-3, le maintien de la mesure de soins pour une nouvelle durée de trois mois.». Il convient donc d'en déduire que l'arrêté d'admission pris par le préfet a une durée maximale d'un mois. Peut-être eût-il été plus explicite d'introduire la durée maximale de la première période d'hospitalisation dans l'article L.3213-1.

En tout état de cause, et quel que soit le fondement législatif de l'admission en soins sur décision du préfet, celle-ci se fait obligatoirement

en hospitalisation complète et ouvre la période d'observation et de soins initiale, conformément aux dispositions de l'article L.3211-2-2.

§ 2 : Le suivi du patient et la modification de la forme de la prise en charge

Il convient de distinguer deux périodes. La première allant de l'arrêté d'admission en soins jusqu'à l'expiration de la période d'observation et de soins initiale. La seconde commençant au-delà de cette période.

1. - La période d'observation et de soins initiale, prévue par l'article L.3211-2-2 du CSP, couvre les soixante-douze premières heures de l'hospitalisation.

Au terme d'une période de vingt-quatre heures, un médecin réalise un examen somatique complet de la personne et un psychiatre de l'établissement d'accueil, qui ne peut être le psychiatre ayant établi le premier certificat médical, établit un certificat médical constatant son état mental et confirmant ou non la nécessité de maintenir les soins psychiatriques au regard des conditions d'admission[17]. Dans les soixante-douze heures suivant l'admission, un nouveau certificat médical est établi dans les mêmes conditions que celles prévues au deuxième alinéa du présent article[18].

Ici encore, on peut regretter, à force de renvois, l'absence de clarté du texte de l'article L.3213-1. En effet, ce texte n'indique pas explicitement l'obligation de ces examens et de l'établissement des certificats médicaux« de vingt-quatre heures » et « de soixante-douze heures ». Il prévoit en réalité que le directeur de l'établissement transmet au représentant de l'Etat les certificats médicaux établis en application de l'article L.3211-2-2. Il en résulte que, s'il ne fait aucun doute que l'établissement de ces certificats médicaux est obligatoire, il n'incombe pas au préfet de les demander spécifiquement. Il en va de même pour la réalisation de l'examen somatique.

Dès lors, tant le préfet que l'équipe médicale de l'établissement d'accueil, doivent être particulièrement informés, non seulement de leurs obligations mais également des délais qui encadrent celles-ci. La parfaite connaissance par chacun des acteurs de leurs obligations et prérogatives est donc une condition *sine qua non* de la légalité de la procédure et de la protection de la personne faisant l'objet de la mesure.

A réception du certificat médical établi au terme de la période de soixante-douze heures, le préfet dispose d'un délai de trois jours francs pour prendre une décision relative au maintien et à la forme de l'hospitalisation. Outre les certificats médicaux, le préfet est également desti-

17 - Article L.3211-2-2, alinéa 2.

18 - Article L.3211-2-2, alinéa 3.

nataire, le cas échéant, d'un avis motivé rendu par le psychiatre de l'établissement d'accueil, relatif à la forme des soins (hospitalisation complète ou soins ambulatoires) ainsi que, dans le cas de soins ambulatoires, un programme de soins. Cet avis n'est cependant émis qu'à la condition que le certificat médical établi au terme de la période de soixante-douze heures confirme le certificat établi antérieurement à l'issue des vingt-quatre premières heures[19].

Le Préfet se prononce au regard des certificats établis par le psychiatre, mais également en tenant compte des exigences liées à la sûreté des personnes et à l'ordre public[20]. Il peut ordonner le maintien de la mesure d'hospitalisation complète ou décider d'une autre forme de soins.

La loi ne lie donc pas le Préfet aux préconisations du ou des psychiatres qui auront examiné le patient. Il conserve un entier pouvoir d'appréciation au regard des éléments qui lui sont communiqués. Tout au plus, dans certains cas particuliers[21] , il ne peut décider d'une autre forme de prise en charge que l'hospitalisation complète, qu'après avoir recueilli l'avis d'un collège composé de trois membres appartenant au personnel de l'établissement[22].

Mais, même dans cette hypothèse, il conserve une totale liberté d'appréciation de la nécessité des mesures à arrêter.

2. - Après le cinquième jour et au plus tard le huitième jour, un nouveau certificat médical doit être établi par un psychiatre de l'établissement d'accueil. Ce certificat doit confirmer ou infirmer les observations contenues dans les deux précédents certificats et, le cas échéant, préciser les caractéristiques des troubles ayant justifiés les soins ou leur disparition.

Le texte, et c'est à noter, ne précise pas cette fois, si le psychiatre qui intervient doit être un autre médecin que celui ayant pris le précédent certificat. Toutefois, s'il était matériellement difficile de multiplier les intervenants, au sein du milieu hospitalier, cela n'était peut-être pas non plus souhaitable dans le cadre d'un suivi thérapeutique.

A réception de ce certificat, et tenant compte des exigences liées à la sûreté des personnes et à l'ordre public, le représentant de l'Etat peut décider de modifier la forme de la prise en charge. Ici encore, il recueille le cas échéant, l'avis du collège visé par l'article L.3211-9 du CSP.

---

19 - Dispositions combinées des articles L. 3213-1 II, L. 3211-2-1 et L. 3211-2-2.

20 - Article L. 3213-1 II.

21 - Article L. 3213-1 : Personnes ayant fait l'objet d'une hospitalisation ordonnée en application des articles L.3213-7 du CSP ou 706-135 du Code de procédure pénale, ou personne ayant fait l'objet d'une hospitalisation d'une durée d'un an dans une UMD et ce, depuis moins de 10 ans.

22 - Article L. 3211-9.

A l'issue du premier mois suivant l'admission de la personne en soins sans consentement, un nouveau certificat médical est établi conformément aux dispositions de l'article L.3213-3, c'est à dire dans les mêmes formes que les précédents. Le préfet dispose alors d'un délai comprenant les trois derniers jours du mois pour décider soit du maintien de la mesure pour une nouvelle durée de trois mois, soit de la modification de la forme de la prise en charge. Pour une fois, il est à noter que le texte sanctionne expressément l'absence de décision du préfet dans le délai imparti. En effet, faute de décision dans les délais prévus, la levée de la mesure de soins est acquise[23]. Peut-être cette obligation doit-elle être plutôt lue comme un moyen d'obliger le préfet à prendre une décision plus que comme une réelle protection de la personne subissant la mesure de soins. Il est cependant indéniable que cet alinéa offre une réelle garantie contre le risque d'inertie de l'administration et le maintien sous une mesure de soins qui se prolongerait sans motif. Il vient contrebalancer, peut être insuffisamment, le fait que le préfet ne soit pas en situation de compétence liée quant à la décision à prendre au terme du premier mois. Ce dernier, en effet, n'a toujours aucune obligation de modifier la forme de la prise en charge du patient, quelles que soient les conclusions des différents certificats médicaux qui lui sont transmis. Se pose alors la question de son pouvoir d'appréciation et partant, celle de son information.

Si la mesure est reconduite pour une durée de trois mois, à l'issue de cette période, il peut renouveler sa décision de maintien pour des périodes maximales et renouvelables de six mois, toujours sur le fondement d'un certificat médical établi à l'issue de chacune des périodes de maintien en soins dont il est fait mention à l'article L.3213-3 du CSP. Ici encore, l'absence de décision à l'issue de chacune de ces périodes entraine la levée automatique de la mesure de maintien en soins. Les mêmes conclusions que précédemment doivent en être tirées.

Durant toute la période de soins, le programme de soins ne peut faire l'objet de modifications que par un psychiatre participant à la prise en charge du patient. Cependant, toute modification ayant pour effet de changer substantiellement la modalité de prise en charge du patient doit être portée à la connaissance du préfet afin de lui permettre de prendre, le cas échéant, un nouvel arrêté[24]. La circulaire du 11 août 2011 a précisé ce qu'il fallait entendre par modification substantielle du programme de soins. Une modification est considérée comme telle dès lors « qu'un des éléments constitutifs de sa décision évolue notablement par sa fréquence (...), par sa nature (...) ou par la durée de sa prise en charge »[25].

23 - Article L.3213-4, alinéa 2.

24- Article R. 3211-1.

25 - Circulaire interministérielle du 11 août 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, NOR IOCD1122419C.

On ne peut que regretter tant le caractère imprécis du texte de l'article R.3211-1 que celui de la circulaire. En effet, en l'état, et même si, on le rappelle, l'arrêté pris par le préfet doit être motivée, le texte n'encadre pour ainsi dire pas l'appréciation portée par le préfet sur ladite modification. De ce fait, cette disposition peut légitimement laisser planer la crainte de l'arbitraire. La seule réponse, à cette crainte, reste une coopération réelle et ouverte entre les acteurs médicaux et le représentant de l'Etat. On n'oubliera cependant pas l'intervention, à tout moment, du Juge des libertés et de la détention.

3. - Enfin, pour être complet, il convient d'indiquer que l'article L.3211-11 donne compétence au préfet pour, dans le cadre d'admission en soins psychiatriques sur sa décision, autoriser la sortie de courte durée. Cette autorisation résulte de l'absence d'opposition du représentant de l'Etat à la demande présentée par le directeur de l'établissement, appuyée par l'avis d'un psychiatre participant à la prise en charge du patient. Cette demande doit être formulée quarante-huit heures avant la date prévue pour ladite sortie accompagnée. Ce dispositif, certes un peu lourd, en apparence, ne concerne bien évidemment que des patients en hospitalisation complète. Sur ce point, la nouveauté apportée par la loi du 5 juillet 2011 tient essentiellement dans les personnes pouvant accompagner la sortie du patient et non sur les prérogatives du préfet.

§ 3 : La levée de la mesure

L'article L.3213-4 ouvre au représentant de l'Etat la faculté de mettre fin « *à tout moment* » à la mesure de soins après avis d'un psychiatre participant à la prise en charge du patient attestant que les conditions ayant justifié la mesure de soins ne sont plus réunies, ou sur proposition de la commission départementale des soins psychiatriques. On notera, même si cela est logique et se justifie au regard de la protection des droits fondamentaux des individus, la simplicité de la procédure de levée de la mesure, comparativement à celle de l'admission en soins. On retiendra, cependant, la formulation de l'article L.3213-4 qui dispose que « le représentant de l'Etat (...) **peut**, à tout moment mettre fin (...) ». On peut, certes, s'interroger sur la formulation de cet article qui semble offrir au préfet la simple faculté de refuser la levée de la mesure, quand bien même l'avis du psychiatre irait dans un sens contraire. La mesure de soins ne serait alors « plus justifiée par l'existence de troubles mentaux mais uniquement par des considérations sécuritaires »[26].

On rappellera qu'au-delà des dispositions de cet article, le préfet détient une compétence « générale » pour ordonner la fin d'une mesure de soins sans consentement quel que soit l'autorité à l'initiative de cette mesure. Ainsi, l'article L.3212-8 CSP confère très clairement au repré-

26 - C. Castaing, Pouvoir administratif versus pouvoir médical, *op.cit.*

sentant de l'Etat le droit d'ordonner la levée immédiate de la mesure de soins dès lors que les conditions requises par le Code de la santé publique ne sont plus réunies. Seule exception, les dispositions de l'article L.3213-4, relatives à la levée de la mesure de soins ne sont pas applicables aux personnes ayant fait l'objet d'une hospitalisation ordonnée en application des articles L.3213-7 du CSP ou 706-135 du code de procédure pénale, ou ayant fait l'objet d'une hospitalisation d'une durée d'un an, dans une UMD, et ce, depuis moins de dix ans[27].

Le législateur a prévu, à l'article L.3213-8, une procédure dérogatoire pour ces patients placés sous un régime particulier. Pour pouvoir mettre fin à la mesure de soins, le préfet doit recueillir l'avis du collège de soignants[28] ainsi que deux avis concordants sur l'état mental du patient émis par deux psychiatres. Si le juge constitutionnel n'a pas émis d'objection à ce que certains patients considérés comme présentant « statistiquement » plus de risques que les autres, soient soumis à un régime dérogatoire, il a cependant censuré la procédure dérogatoire de mainlevée des mesures de soins mises en place par le législateur[29]. Considérant que celle-ci n'offre pas suffisamment de garantie et que la discrimination créée entre les patients est injustifiée, le juge constitutionnel a censuré les dispositions précitées de l'article L.3213-8. Il accorde cependant un délai au législateur pour lui permettre de corriger cette inconstitutionnalité et a reporté, dans sa décision, l'abrogation dudit article au 1er octobre 2013. On pourra s'étonner de la durée de ce délai (17 mois). En effet, durant cette période, des dispositions inconstitutionnelles persistent à s'appliquer et de ce fait, l'aspect « sécuritaire » de la loi l'emporte. Néanmoins, peut-être est-ce parce que, dans ce laps de temps, « il aura sans doute encore l'occasion de se prononcer sur d'autres points de la loi de 2011 »[30].

Le législateur va, donc, en tout état de cause, être contraint de revoir, au moins partiellement, son dispositif avant cette date.

Ainsi qu'il l'a été exposé au travers de ces nombreuses mesures gouvernant l'admission et le suivi des patients en soins sans consentement sur décision du représentant de l'Etat, le législateur a tenté de créer un équilibre entre la protection de l'individu et la protection de l'ordre public. Cet équilibre fragile, repose partiellement sur l'appréciation portée par le préfet sur les décisions d'admission, de suivi, de modification des soins à prendre. Déplacer le curseur de cette appréciation se révèle être extrêmement sensible. La réussite de ce dispositif va donc dépendre en grande partie de la qualité de l'information délivrée au

27 - Article L. 3213-4, dernier alinéa.

28 - Article L. 3211-9.

29 - Cons. Constit. 20 avril 2012, n°2012-235 QPC, Association de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie.

30 - E. Péchillon, Censure partielle de la loi du 5 juillet 2011 relative aux soins sous contrainte : vers une réforme en profondeur de la psychiatrie avant octobre 2013, JCP Adm. n°26, 2 juillet 2012, 2230.

préfet ainsi que de la coopération entre le pouvoir administratif et, pour l'essentiel, le pouvoir médical.

Section II – Le pouvoir d'appréciation du préfet

La circulaire du 11 août 2011 rappelle que l'une des principales innovations de la loi du 5 juillet 2011 est de substituer à la notion d'hospitalisation d'office, celle de soins psychiatriques sans consentement. Elle dissocie ainsi le principe du soin de ses modalités[31]. C'est peut-être en raison de cette substitution que les pouvoirs du Préfet ont pu faire craindre un débordement sécuritaire. En effet, le préfet ne reste-t-il pas « souvent perçu par les ministères techniques comme le représentant du ministre de l'Intérieur et non le leur »[32]. Il semblait en résulter que le Préfet pouvait imposer à une personne des soins psychiatriques, sans son consentement. Pour autant, ces craintes n'étaient pas forcément fondées. D'une part, c'est exclure la réalité du pouvoir d'appréciation du Préfet (§ 1). D'autre part, c'est oublier que la loi prévoit un encadrement du pouvoir d'appréciation du Préfet (§ 2). Ainsi, et dans l'attente du regroupement du contentieux dans les mains du juge judiciaire, à compter du 1er janvier 2013, les arrêtés pris par le préfet sont soumis au contrôle tant du juge administratif que du juge des libertés et de la détention.

§ 1 : Le droit à l'information du préfet, composant essentiel de son pouvoir d'appréciation

Ainsi que l'a souligné le juge constitutionnel, « (...) il résulte de la combinaison de l'article L.3211-2-1 et des articles L.3212-1 et L.3213-1 qu'une personne atteinte de troubles mentaux ne peut être soumise sans son consentement à des soins dispensés par un établissement psychiatrique, même sans hospitalisation complète, que lorsque (...) ces troubles « nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave à l'ordre public »; qu'en tout état de cause, le juge des libertés et de la détention peut être saisi à tout moment, dans les conditions fixées par l'article L.3211-12, aux fins d'ordonner à bref délai la mainlevée immédiate d'une telle mesure; qu'en adoptant ces dispositions, le législateur a assuré, entre la protection de la santé et la protection de l'ordre public, d'une part,et la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, d'autre part, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée (...) »[33].

31 - En ce sens, V. Doumeng, De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques.... La fin de la contrainte, *op. cit.* ; E. Péchillon, *ibid.* ; M. Couturier, La réforme des soins psychiatriques sans consentement : de la psychiatrie disciplinaire à la psychiatrie de contrôle, RDSS 2012. pp.97 et svt ; Rapport d'information n°4402, Guy Lefrand (Rapp.) au nom de la commission des affaires sociales de l'Assemblée Nationale, déposé le 22 février 2012, p. 21.

32 - P.-L. Frier et J. Petit, Précis de droit administratif, Montchrestien, 6e éd., 2010, p.138, n°222.

33 - Cons. Constit. 20 avril 2012, n°2012-235 QPC, *op. cit.*

A l'instar de M. Péchillon, on peut rappeler que « L'hospitalisation complète n'est pas une sanction mais une nécessité médicale, voire, si la mesure est décidée par le préfet, une nécessité commandée par la préservation de l'ordre public »[34].

Il convient donc, pour que le représentant de l'Etat puisse d'une part, prendre une décision la plus adaptée possible aux besoins de la personne et d'autre part, qu'il puisse accomplir sa mission de préservation de l'ordre public, dans, ainsi qu'il l'a été rappelé aux cours des débats parlementaires, « sa définition juridique » précise[35], qu'il reçoive l'information la plus complète et la plus riche possible. En effet, n'étant pas tenu, aux termes des dispositions des articles L.3213-1 à L.3213-11 du CSP, par les avis et certificats médicaux qui lui sont remis à chaque étape du processus d'admission en soins sans consentement, on ne saurait nier que le législateur a laissé au préfet, un large pouvoir d'appréciation. En contrepartie, il lui a imposé de motiver avec précision les arrêtés qu'il serait amené à prendre.

Dès lors, même si le préfet n'est pas juridiquement lié par les avis rendus par le corps médical, l'importance de ces derniers ne saurait être négligée. L'article R.3213-3 du CSP renforce cette idée en imposant au corps médical, la remise de certificats précis et motivés. On notera d'ailleurs que ces mêmes précisions ne figurent pas s'agissant des certificats et avis médicaux prévus dans le cadre d'une mesure de soins sur demande d'un tiers. Pourtant, les conséquences d'une telle procédure ne semblent pas moins graves. La circulaire du 11 août 2011 y concoure également en rappelant que la « qualité des informations contenues dans le programme de soins est la garantie d'une décision éclairée du préfet »[36].

Même si ces préconisations ne visent pas directement les certificats médicaux, on ne saurait en conclure que le rôle de ceux-ci n'est pas identique. En effet, le représentant de l'Etat n'a pas, a priori, de compétences en matière médicale. Il appartient donc nécessairement aux membres de l'équipe médicale de lui transmettre le plus grand nombre d'informations possible, dans la limite de leurs contraintes déontologiques et légales, pour permettre au représentant de l'Etat de ne pas faire peser sur le patient un risque d'enfermement inadapté à sa situation. Rappelons néanmoins qu'à l'issue du premier mois d'admission en soins sur décision du représentant de l'Etat, cinq certificats médicaux ont été rendus. Il en ressort, théoriquement du moins, que l'information délivrée au préfet devrait permettre d'exercer pleinement son pouvoir d'appréciation sur la mesure conciliant le mieux les exigences liées

34 - E. Péchillon, Censure partielle de la loi du 5 juillet 2011 relative aux soins sous contrainte : vers une réforme en profondeur de la psychiatrie avant octobre 2013, *op. cit.*

35 - Rapport AN, n°3189, *op. cit.* pp. 129-130.

36 - Circulaire interministérielle du 11 août 2011, *op. cit.* ; Rapport d'information AN n°4402, *op. cit.* p. 22.

à l'ordre public et à la protection de la personne. On notera d'ailleurs que, lors des débats suivants le dépôt du rapport d'information sur la mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011, la question du nombre de certificats a été soulevée. Une éventuelle diminution du nombre de ceux-ci, par la suppression du certificat de soixante-douze heures ou de celui de huitaine, a été évoquée. Le Rapporteur avait alors précisé que « ce point avait évidemment été identifié lors des débats parlementaires. (...) Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 novembre 2010, ayant fait de la production de ces certificats une garantie pour le patient, non seulement leur nombre a été maintenu mais la production de certificats médicaux supplémentaires à destination du juge des libertés et de la détention a également été prévue »[37].

En ce qui concerne le programme de soins, la circulaire du 11 août 2011 laisse substituer une incohérence. Tout en recommandant la qualité des informations à fournir au préfet, la circulaire rappelle que le programme de soins précise la forme de l'hospitalisation partielle, le lieu de la prise en charge, la fréquence des consultations et visites en ambulatoire ou à domicile ainsi que l'existence d'un traitement médicamenteux. Mais ce programme ne doit pas contenir de mention sur la nature et le détail de ce traitement, sur la nature et les manifestations des troubles mentaux dont souffre le patient, ni aucune observation clinique, ni la mention ou les résultats d'examens complémentaires. Or, l'absence de ces mentions rend « la vérification du bien fondée de la décision d'internement » d'autant plus « malaisée »[38]. Dès lors, comment, du fait de cette absence, assurer une information suffisante du représentant de l'Etat, lui permettant de prendre une décision éclairée, de trouver la réponse « adaptée, nécessaire et proportionnée » à l'atteinte à l'ordre public ?

Ainsi, le caractère lacunaire des informations peut, parfois, entraîner une inquiétude compréhensible, sinon légitime, du représentant de l'Etat, et de là, l'adoption d'un principe de précaution qui tendrait alors à prendre la décision d'hospitalisation complète ou le refus de modification de la forme de prise en charge dans l'attente de la décision rendue par le juge des libertés et de la détention. A cet égard, le législateur a également permis au préfet d'ordonner, à tout moment, une expertise psychiatrique[39]. Il n'a pas à justifier de ses motivations pour une telle demande.

Celle-ci est réalisée par un psychiatre n'appartenant pas à l'établissement d'accueil et choisi par le préfet sur une liste établie par le procu-

37 - Rapport d'information AN n°4402, *op. cit.* p.54-55.

38 - G. Koubi, Hospitalisation d'office, une hospitalisation sans consentement dite « de soins psychiatriques », Droit cri-Tic, http://koubi.fr, 21 septembre 2011.

39 - Article L. 3213-5-1.

reur de la République ou, à défaut, sur la liste des experts inscrits près la cour d'appel du ressort de l'établissement. Le législateur a donné au préfet, un outil supplémentaire pour renforcer son information et lui permettre, dans sa décision, de trouver l'équilibre entre la protection de la santé, la protection de l'ordre public et la liberté personnelle C'est peut être cependant en cela que l'on peut regretter que le texte de la loi n'ait pas organisé plus avant les modalités d'une réelle collaboration, d'une coopération entre le pouvoir médical et le pouvoir administratif.

Il ne faut pas non oublier que si le représentant de l'Etat a l'autorité pour décider de l'obligation de soins, il dispose parallèlement d'une compétence large pour décider de la levée d'une telle mesure et ce, quel qu'en soit l'auteur. En effet, l'article L.3212-8 CSP lui donne le pouvoir d'ordonner « la levée immédiate » et « à tout moment » de la mesure de soins lorsque les conditions requises pour cette mesure ne sont plus réunies. Certes, il disposait déjà de cette compétence avant l'intervention de la loi du 5 juillet 2011. Pour autant, cela rappelle que le préfet n'est pas seulement celui qui prescrit l'obligation de soins, en considération des exigences de l'ordre public mais également celui qui, au regard de ces mêmes considérations, peut en prononcer la levée. Cette compétence n'a pas fait débat. Pourtant, son pouvoir propre d'appréciation est tout autant sollicité que pour décider de prescrire l'admission en soins sans consentement. Ainsi, mal informé, mal formé, soucieux de ne pas prolonger une obligation de soins peut-être trop attentatoire des droits et libertés de l'individu, le préfet peut, tout autant, décider d'une levée de la mesure alors même que le patient n'est pas, en réalité, apte à reprendre une vie dans la société. Les conséquences, tant pour la société, que pour, et surtout, l'individu lui-même qui, de fait, risque de se retrouver de nouveau confronté à la situation qui l'a amenée à faire l'objet d'une première mesure de soins sans consentement, ne sont-elles pas tout aussi graves que le maintien dans une procédure de soins ? Point n'est besoin de rappeler que les critères de danger et d'urgence, de santé, de sécurité et d'ordre public sont tout autant mis en œuvre dans l'appréciation portée par le préfet, lors d'une telle prise de décision[40].

§ 2 : L'encadrement des pouvoirs du préfet

Ainsi que l'ont rappelé régulièrement, tant le Juge européen que le Juge constitutionnel, l'admission en soins sans consentement sur décision du représentant de l'Etat ne se justifie que tant qu'elle est une réponse adaptée à une atteinte à la sûreté des personnes et à la préservation de l'ordre public. Dans un arrêt rendu en 2010, la Cour Européenne des Droits de l'Homme rappelait que « un individu ne peut passer pour

40 - K. Lucas, L'initiative de l'hospitalisation d'office : un pouvoir partagé au service d'un contrôle sanitaire et social renforcé, RDSS 2010. 1077.

aliéné et subir une privation de liberté que si son aliénation a été établie de manière probante et que le trouble revêt un caractère ou une ampleur légitimant l'internement »[41].

Dans un sens tout aussi protecteur des droits et libertés de l'individu, le Juge constitutionnel a imposé qu'en cas de conflit entre le certificat médical rendu par le psychiatre et la décision du préfet, ayant pour conséquence le maintien de la mesure de soins, qu'un réexamen « est seul de nature à permettre le maintien de la mesure ; qu'en l'absence d'une telle garantie, les dispositions contestées n'assurent pas que l'hospitalisation d'office est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public ; que, par suite, le deuxième alinéa de l'article L. 3213-1 du code de la santé publique méconnaît les exigences constitutionnelles précitées ; »[42].

De ce point de vue, on ne saurait nier que le législateur a tout de même tenu à encadrer le pouvoir de décision du préfet en lui imposant de prendre en réelle considération, les avis et certificats médicaux remis par les psychiatres en charge des soins. Ainsi, issu de la décision du Conseil Constitutionnel du 9 juin 2011, l'article L.3213-9-1 du CSP dispose, qu'en cas de refus du Préfet de suivre l'avis rendu par le psychiatre de l'établissement d'accueil, lorsque ce dernier préconise une levée de la mesure d'hospitalisation complète, le directeur de l'établissement, sur saisine immédiate du Préfet demande un examen du patient par un second psychiatre. Si ce second avis, rendu dans un délai maximal de soixante-douze heures, confirme l'absence de nécessité de la mesure d'hospitalisation complète, le représentant de l'Etat doit alors prononcer la mainlevée de la mesure ou la mise en place d'une mesure de soins ambulatoires (pouvant donc inclure des soins à domicile).

L'article L.3213-5 impose au directeur de l'établissement dans lequel le patient est pris en charge, de saisir le représentant de l'Etat si le psychiatre participant au programme de soins atteste par un certificat médical que les conditions ayant justifié l'admission en soins psychiatriques ne sont plus remplies et que la levée de cette mesure peut être ordonnée. Le directeur de l'établissement de soins a vingt-quatre heures pour saisir le représentant de l'Etat et ce dernier dispose d'un délai de trois jours francs, à compter de la réception du certificat médical pour se prononcer ou pour ordonner une expertise psychiatrique. Lorsque le représentant de l'Etat n'ordonne pas la levée de la mesure de soins, le directeur de l'établissement doit saisir le juge des libertés et de la détention afin qu'il statue à bref délai.

---

41 - CEDH, 20 avril 2010, C.B. c/ Roumanie, req. n°21207/03, §48, cité par C. Castaing, Pouvoir administratif versus pouvoir médical, *op. cit.*

42 - Cons. Constit. 9 juin 2011, décision n°2011-135/140 QPC, *op. cit.*

En résumé, en cas de désaccord entre le Préfet et le psychiatre, deux voies semblent concomitamment ouvertes au directeur de l'établissement :

- saisir le juge des libertés et de la détention afin que ce dernier statut à bref délai. Si le texte ne précise dans quel délai le directeur de l'établissement doit saisir le juge des libertés et de la détention, il semble, au regard de l'obligation de statuer à bref délai imposée à ce dernier que la saisine doit être immédiate ;
- demander un second examen à un psychiatre autre que celui qui a rendu le premier avis.

L'ouverture de ces deux voies ont fait craindre « des incohérences et des incertitudes »puisque certaines questions n'étaient pas réglées par le texte. En effet, « si le psychiatre se prononce avant le JLD et confirme l'avis du premier, que devient la saisine du juge ? Si, au contraire, ce deuxième avis médical contredit le premier, est-ce au JLD de trancher cette contradiction entre deux médecins psychiatres ? »[43].

Remédiant à ces incertitudes, la circulaire du 21 juillet 2011 est venue préciser l'articulation entre les articles L.3213-5 et L.3213-9-1 du CSP.

Lorsque l'article L.3213-5 a vocation à s'appliquer, il est demandé aux directeurs d'établissements de surseoir à la saisine du juge des libertés et de la détention dans l'attente du second avis médical, exigé par l'article L.3213-9-1.

Si ce second avis est défavorable au maintien en hospitalisation, la saisine du juge des libertés et de la détention n'a plus lieu d'être, le représentant de l'Etat ayant désormais compétence liée, en application dudit article, pour prononcer la levée de la mesure d'hospitalisation complète.

Si le second avis est favorable au maintien en hospitalisation complète, et, par conséquent, contradictoire avec le premier, la saisine du juge des libertés et de la détention, conformément aux dispositions de l'article L.3213-5 s'impose.

Enfin, il ne faut pas oublier l'existence de l'encadrement des prérogatives du préfet, par la possibilité de saisine du JLD.

Ainsi, l'article L.3211-12 prévoit une possibilité de saisine à tout moment du juge des libertés et de la détention aux fins d'ordonner à bref délai la mainlevée immédiate d'une mesure de soins psychiatriques. Cette saisine est non seulement ouverte au patient mais également à un certain nombre de personnes de son entourage (concubin,

43 - C. Castaing, Pouvoir administratif versus pouvoir médical, *op. cit.*

44 - Article L. 3213-9.

parent, personne susceptible d'agir dans l'intérêt du patient...). Rappelons que l'efficacité de cette disposition est assurée par l'obligation pesant sur le préfet, en cas de décisions d'admission en soins psychiatriques, de maintien, de modification de la prise en charge ainsi que de levée de la mesure, de délivrer l'information aux personnes intéressées (procureur de la République, Maire, commission départementale des soins psychiatriques, famille du patient et personne en charge de sa protection juridique)[44]. Le juge des libertés et de la détention peut également se saisir d'office à tout moment[45]. L'article L.3211-12-I dernier alinéa précise qu'à cette fin, toute personne intéressée peut porter à sa connaissance les informations qu'elle estime utiles sur la situation d'un patient.

Et surtout, le juge des libertés et de la détention doit statuer, avant l'expiration d'un délai de quinze jours, en cas d'hospitalisation complète ou de modification de la forme de la prise en charge en procédant à son hospitalisation complète[46]. Cette saisine obligatoire, imposée par le Juge constitutionnel, du juge des libertés et de la détention, repose sur le représentant de l'Etat lorsqu'il est l'autorité décisionnaire de la mesure d'hospitalisation. Il ne peut se soustraire à son obligation. En effet, il faut rappeler que le texte législatif impose au juge de se prononcer dans un délai de quinze jours. A défaut, la mainlevée de la mesure est acquise. Dès lors, une saisine tardive, volontairement effectuée par le représentant de l'Etat afin d'empêcher le juge de statuer dans les délais qui lui sont imposés, entraînera nécessairement la fin de la mesure. Cette disposition visait elle ou non à protéger le patient d'une inertie volontaire du représentant de l'Etat ? En tout état de cause, elle en produit les effets.

Lors du débat suivant la présentation du rapport d'information déposé par la commission des affaires sociales de l'Assemblée Nationale, Nora Berra, Secrétaire d'Etat à la Santé, rappelait que « une loi n'est pas un dispositif figé, c'est un processus qui doit vivre »[47]. Et la décision du 20 avril 2012[48] rendue par le Conseil Constitutionnel oblige le législateur à reprendre, au moins partiellement son texte. Peut-être ce sera là l'occasion de se pencher, enfin, sur « une loi abordant l'ensemble de la problématique de la maladie mentale et non uniquement celle du soin sous contrainte[49] ». Car, en effet, ne serait-ce pas dans le renversement d'épistémè, le basculement de l'ordre sur le fondement duquel sont pensées la folie et l'aliénation que l'on trouvera, enfin, l'équilibre recherché entre la protection de l'ordre public et la préservation des droits de l'individu.

---

45 - Même article.

46 - Article L. 3211-12.

47 - Rapport AN n°4402, op. cit., p. 72.

48 - Cons. Constit., 20 avril 2012, n°2012-235 QPC, *op. cit.*

49 - E. Péchillon, Censure partielle de la loi du 5 juillet 2011 relative aux soins sous contrainte : vers une réforme en profondeur de la psychiatrie avant octobre 2013, *op. cit.*

DEUXIEME PARTIE :
LES DROITS ET LIBERTES

LES SOINS SANS CONSENTEMENT AU GRE DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITE

Bernard Poujade
Professeur à l'Université Paris Descartes
Centre Maurice Hauriou
Avocat à la Cour de Paris

Avant 2011 l'hospitalisation sans le consentement de la personne pour reprendre la formule alors en vigueur peut prendre des formes différentes[1].

Ainsi l'une fait intervenir les autorités publiques avec l'hospitalisation d'office d'une personne dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes, qui peut être prononcée par une décision du préfet prise sur la base d'un certificat médical circonstancié ; c'est également une décision du préfet qui y met fin, au vu d'un certificat médical ou le cas échéant, à la suite d'une décision de justice.

La seconde hospitalisation est sur demande d'un tiers pour une personne dont les troubles rendent impossible son consentement à l'hospitalisation et dont l'état impose des soins immédiats assortis d'une

1 - Pour des éléments bibliographiques : C. Castaing Le droit fou des soins psychiatriques sans consentement, LPA 26 nov. 2010, n° 236, p. 6 ; Pouvoir administratif versus pouvoir médical ?, AJDA 2011. 2055 ; Coelho Hospitalisations psychiatriques sous contrainte: plaidoyer pour une réforme, RDSS 2006. 249 ; Graboy-Grobesco, Les séjours sous contrainte et l'évolution des droits des malades, AJDA 2004. 65 ; Lucas, L'initiative de l'hospitalisation d'office: un pouvoir partagé au service d'un contrôle sanitaire et social renforcé, RDSS 2010. 1077 ; Malher, Droit médical et hospitalier, Litec, fasc. 153, 154 et 155 ; E. Péchillon, Le nouveau cadre juridique des soins sous contrainte psychiatrique, JCP A, n° 37, 12 sept. 2011, p. 2295 ; J Hadley Stark, L'hospitalisation psychiatrique sous contrainte dans la jurisprudence contemporaine, JCP 2005. I. 155 ; Starck et Maugeyn *Droit et hospitalisation psychiatrique sous contrainte,* L'Harmattan, 2009 ; Theron Quelques remarques sur une évolution attendue de la prise en charge de la maladie mentale: l'instauration de soins ambulatoires sans consentement, RDSS 2010. 108 ; D Truchet, Organisation et planification des établissements psychiatriques, *in* Droit médical et hospitalier, Litec, fasc. 120-10 ; *Droit de la santé publique*, Dalloz, Mémento, 7 éd., 2009.

surveillance ; son admission est prononcée par le directeur de l'établissement de santé au vu de la demande manuscrite du tiers, membre de sa famille ou relation antérieure, et de deux avis médicaux récents. Il y est mis fin de droit sur demande du psychiatre de l'établissement, du préfet, du tiers qui l'a sollicitée, ou encore de la commission départementale des hospitalisations psychiatriques. Il y est également mis fin lorsque l'hospitalisation atteint son terme – quinze jours ou si elle a déjà été renouvelée, un mois- et n'est pas renouvelée, ou sur encore décision d'une juridiction.

Le régime juridique de l'hospitalisation sans consentement a évolué lentement depuis 1838 et insuffisamment si l'on en juge par les critiques dont il a fait l'objet notamment au regard des exigences communautaires[2]. Mais l'ébranlement de l'édifice juridique est venu aussi du droit interne par le biais du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. La décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010[3] a été la première à aborder la question de l'hospitalisation d'une personne sans son consentement en l'occurrence l'hospitalisation à la demande d'un tiers (HDT) et elle a ouvert la voie à d'autres questions prioritaires de constitutionnalité. Bien plus les QPC ont amené les pouvoirs publics à revoir en profondeur la prise en charge des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques avec 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 leurs prises en charge qui, par-delà le changement de terminologie - désormais la notion de soins sans consentement se substitue à celle d'hospitalisation sans consentement - modifie assez substantiellement le régime des soins psychiatriques. Mais ce texte imparfait n'a pas été à l'abri des QPC !

Section I - La loi « Esquirol » du 30 juin 1838 rattrapée par la QPC

De façon assez étonnante le Conseil constitutionnel a été saisi quarante ans après les faits d'une question prioritaire de constitutionnalité n° 2011-202 du 2 décembre 2011 Mme Lucienne Q.[4] portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 336 à L. 341 CSP dans leur rédaction antérieure à la 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, c'est-à-dire issue de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, dite « loi Esquirol ».

---

2 - CEDH, 18 novembre 2010, Baudoin c. France, aff. 35935/03, AJDA 2010. 2239, D. 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay, AJ pénal 2011. 144, obs. E. Péchillon, RTD civ. 2011. 101, obs. J. Hauser ; CEDH, 14 avril 2011, Patoux c. France, n° 35079/06, D. 2011. 1137, obs. S. Lavric, ibid. 2565, obs. A. Laude, RTD civ. 2011. 514, obs. J. Hauser.

3 - Conseil constitutionnel, 26 novembre 2010, n° 2010-71-QPC, AJDA 2011. 174, note X. Bioy, ibid. 2010. 2284, D. 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay, ibid. 2565, obs. A. Laude, RFDA 2011. 951, étude A. Pena, RDSS 2011. 304, note O. Renaudie, Constitutions 2011. 108, obs. X. Bioy, RTD civ. 2011. 101, obs. J. Hauser ; v. notre article Question prioritaire de constitutionnalité et hospitalisation sans consentement, Gaz. Pal., 5 novembre 2011, n° 309, p. 16.

4 - Conseil constitutionnel, 2 décembre 2011, n° 2011-202-QPC, Constitutions 2012. 140, obs. D. Fallon.

Le Conseil était ainsi saisi de cinq articles de cette loi de 1838, codifiés dans le code de la santé publique par le décret n° 53-1001 du 5 octobre 1953 portant codification des textes législatifs concernant la santé publique. Cette loi avait confié au préfet le pouvoir d'interner d'office. Elle distinguait le placement dit « volontaire » des aliénés (essentiellement par les familles) et le placement dit « d'office » décidé par arrêté préfectoral lorsqu'« est menacé l'ordre public ou la sûreté des personnes ».
Les dispositions dont le Conseil constitutionnel était saisi dans le cadre de la QPC, avaient trait au placement « volontaire ».
Il a censuré ses articles L. 337 à L. 340.
L'article L. 337 instituait un registre des personnes « placées » dans l'établissement et précisait les mentions qui devaient y être portées périodiquement tandis que l'article L. 338 prévoyait la sortie des personnes dont les médecins de l'établissement ont déclaré que « la guérison est obtenue ».
Enfin l'article L. 339 fixait la liste des personnes qui pouvaient provoquer la sortie du malade et les conditions dans lesquelles l'autorité administrative pouvait s'y opposer et l'article L. 340 imposait que le directeur de l'établissement informât, selon le cas, le préfet, le sous-préfet ou le maire du nom des personnes qui ont requis la sortie d'un malade ainsi que de l'état mental de ce dernier et, « autant qu'il est possible », l'endroit où il a été conduit.
Ces dispositions s'exposaient à la censure dans la mesure où aucun contrôle judiciaire de la privation de liberté n'était organisé et que tout dépendait de l'avis des médecins quant à la guérison de la personne hospitalisée.
Le Conseil constitutionnel a rappelé comme il l'avait fait dans d'autres décisions (cf ci-après) que la « liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible, que les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai et que, pour les mêmes motifs que ceux retenus dans les décisions du 26 novembre 2010 et du 9 juin 2011 susvisées, les dispositions des articles L. 337 à L. 340 du code de la santé publique, qui permettaient que l'hospitalisation d'une personne atteinte de maladie mentale soit maintenue au-delà de quinze jours dans un établissement de soins sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution ; que, par suite, elles doivent être déclarées contraires à la Constitution ».

Section II - La loi « Evin » du 27 juin 1990 et les QPC

Le Conseil constitutionnel a, à quatre reprises, examiné les dispositions de la loi du 27 juin 1990 sur le régime de l'hospitalisation sans consentement par les décisions n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. (Hospitalisation sans consentement), n° 2011-135/140

QPC du 9 juin 2011, M. Abdellatif B. et autre (Hospitalisation d'office)[5], n° 2011- 174 QPC du 6 octobre 2011 Mme Oriette P. (Hospitalisation d'office en cas de péril imminent)[6] et n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, M. Jean-Louis C. (Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables)[7].

La QPC n°2010-71 du 26 novembre 2010 est la décision pionnière. Le Conseil constitutionnel déclare contraire à la Constitution l'article L. 337 du code de la santé publique (CSP), désormais repris à son article L. 3212-7 et formule une réserve d'interprétation portant sur l'article L. 351 du CSP, désormais repris à l'article L. 3211-12. On remarquera que le conseil constitutionnel a estimé devoir faire porter l'examen de la constitutionnalité sur les dispositions qui lui ont été soumises dans leur rédaction applicable au litige, c'est-à-dire antérieure à la codification mais il a néanmoins repris, dans le dispositif de la décision, une formulation consistant à mentionner l'ancienne numérotation et la nouvelle. Ce qui a été jugé pour l'ancienne numérotation est donc valable pour la nouvelle. Le Conseil constitutionnel n'a pas voulu étendre sa saisine aux dispositions du code de la santé publique relatives à l'hospitalisation d'office L'article L. 337 du code de la santé publique qui prévoit qu'au-delà des quinze premiers jours, l'hospitalisation peut être maintenue pour une durée maximale d'un mois au vu d'un certificat médical circonstancié indiquant que les conditions de l'hospitalisation sont toujours réunies, a donc été censuré. En effet si la commission départementale des hospitalisations psychiatriques a pour mission « d'examiner la situation des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux au regard du respect des libertés individuelles », cette commission a un caractère administratif et elle n'autorise pas le maintien de l'hospitalisation et n'examine obligatoirement que la situation des personnes dont l'hospitalisation se prolonge au-delà de trois mois. Or la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible et en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L. 337 méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution.
Ni l'obligation faite à certains magistrats de l'autorité judiciaire de visiter périodiquement les établissements accueillant des personnes soignées pour des troubles mentaux, ni les recours juridictionnels dont disposent ces personnes pour faire annuler la mesure d'hospitalisation ou y mettre fin ne suffisent à satisfaire à ces exigences.
Enfin le juge constitutionnel fait une réserve d'interprétation à propos

5 - Conseil constitutionnel, 9 juin 2011, n° 2011-135/140-QPC, AJDA 2011. 1177, D. 2011. 2565, obs. A. Laude, RFDA 2011. 951, étude A. Pena, Constitutions 2011. 400, obs. X. Bioy, RTD civ. 2011. 514, obs. J. Hauser.

6 - Conseil constitutionnel, 6 octobre 2011, n° 2011-174-QPC, AJDA 2011. 1927, Constitutions 2012. 140, obs. D. Fallon, RTD civ. 2012. 92, obs. J. Hauser.

7 - Conseil constitutionnel, 21 octobre 2011, n° 2011-185-QPC, AJDA 2011. 2042, Constitutions 2012. 140, obs. D. Fallon, RTD civ. 2012. 92, obs. J. Hauser.

de l'article L. 351 CSP qui reconnaît à toute personne hospitalisée sans son consentement ou retenue dans quelque établissement que ce soit, ou à toute personne susceptible d'intervenir dans l'intérêt de la personne hospitalisée, le droit de se pourvoir par simple requête à tout moment devant le président du tribunal de grande instance pour qu'il soit mis fin à l'hospitalisation sans consentement. Il considère que, s'agissant d'une mesure privative de liberté, le droit à un recours juridictionnel effectif impose que le juge judiciaire soit tenu de statuer sur la demande de sortie immédiate dans les plus brefs délais compte tenu de la nécessité éventuelle de recueillir des éléments d'information complémentaires sur l'état de santé de la personne hospitalisée.

Cette décision a eu un prolongement immédiat avec la décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 M Abdellatif B et autre sur les dispositions de l'hospitalisation d'office. Le Conseil constitutionnel a censuré l'article L. 3213-1 CSP qui prévoit, en son deuxième alinéa, que, dans les vingt-quatre heures suivant l'admission, un certificat médical établi par un psychiatre de l'établissement est transmis au représentant de l'État dans le département et à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques. En effet pour le Conseil, dans l'hypothèse où ce certificat médical ne confirme pas que l'intéressé doit faire l'objet de soins en hospitalisation, les dispositions contestées conduisent, à défaut de levée de l'hospitalisation d'office par l'autorité administrative compétente, à la poursuite de cette mesure sans prévoir un réexamen à bref délai de la situation de la personne hospitalisée permettant d'assurer que son hospitalisation est nécessaire ; un tel réexamen est seul de nature à permettre le maintien de la mesure et en l'absence d'une telle garantie, les dispositions contestées n'assurent pas que l'hospitalisation d'office est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public.

De même l'article L. 3213-4 CSP qui prévoit qu'à l'expiration d'un délai d'un mois, l'hospitalisation peut être maintenue, pour une durée maximale de trois mois, après avis motivé d'un psychiatre et qu'au-delà de cette durée, l'hospitalisation peut être maintenue pour des périodes successives de six mois selon les mêmes modalités est lui aussi déclaré inconstitutionnel.
On retrouve la motivation de la décision Mlle S puisque le Conseil estime que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai mais, pour les mêmes motifs que ceux retenus dans la décision du 26 novembre 2010, les dispositions de l'article L. 3213-4, qui permettent que l'hospitalisation d'office soit maintenue au delà de quinze jours

sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution.

Dans sa décision n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011Mme P, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les mots qui, à l'article L. 3213-2 CSP, permettaient que les mesures provisoires à l'encontre d'une personne atteinte de troubles mentaux puissent, en cas de péril imminent, être prises sur le fondement de la seule notoriété publique, c'est-à-dire sans avis médical. Cette notion évidemment aux contours bien vagues avait suscité bien des critiques. Il n'est donc pas étonnant que le Conseil ait estimé que la faculté de priver une personne de sa liberté individuelle pendant une durée de vingt-quatre heures sur la base de la simple « notoriété publique », méconnaissait les exigences constitutionnelles qui entourent la protection de la liberté individuelle.

Enfin dans sa décision du 21 octobre 2011, M. Jean-Louis C le Conseil a considéré qu'il résulte des dispositions de l'article L 3213-8 CSP, telles qu'interprétées par la Cour de cassation que le juge des libertés et de la détention ne peut mettre fin à l'hospitalisation d'office, ordonnée en application de l'article L. 3213-7 CSP, que sur les décisions conformes de deux psychiatres résultant d'examens séparés établissant de façon concordante que l'intéressé n'est plus dangereux ni pour lui-même ni pour autrui . En raison de la spécificité de la situation d'une personne ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental, le législateur pouvait assortir de garanties particulières les conditions dans lesquelles la mesure d'hospitalisation d'office dont elle fait l'objet peut être levée mais, toutefois, en subordonnant à l'avis favorable de deux médecins le pouvoir du juge des libertés et de la détention d'ordonner la sortie immédiate de la personne ainsi hospitalisée, il a méconnu les exigences des articles 64 et 66 de la Constitution.

Section III - La loi du 5 juillet 2011 imposée et remise en cause par les QPC

Les QPC ont en effet dicté sa conduite au gouvernement qui a du faire adopter en urgence 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 leurs prises en charge.
Dans la ligne de la décision du 9 juin 2011 la compétence du préfet pour ordonner des soins d'office n'est pas remise en cause mais la loi innove en mettant fin au dualisme juridictionnel en matière d'hospitalisation d'office (critiquée par Mlle S dans son argumentaire devant le Conseil constitutionnel) à compter du 1er janvier 2013[8]. Selon une jurisprudence constante du Tribunal des conflits il appartenait en effet aux

8 - A. Pena, Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne, RFDA 2011. 951.

juridictions administratives et judiciaires de connaître respectivement et exclusivement de la régularité « externe »[9] ce qui incluaient les questions de compétence de l'auteur de la décision d'internement, de défaut de notification à l'intéressé mais aussi le défaut de « motivation formelle » de cette notification[10] et du bien-fondé des décisions d'internement[11]. La même répartition des compétences prévalait quant à la décision de maintenir un individu en hospitalisation d'office ou quant à celle de transférer un individu déjà hospitalisé d'office dans un établissement spécialisé, vers un autre établissement.

De plus, selon le Tribunal des conflits, « la décision par laquelle le préfet met fin à une mesure d'hospitalisation d'office a le caractère d'une mesure de police administrative qui ne porte pas atteinte à la liberté individuelle, dont il appartient d'apprécier tant la régularité que le bien-fondé »[12].

La loi du 5 juillet 2011 renforce les droits des personnes hospitalisées sans leur consentement en soumettant notamment la décision « d'admission en soins psychiatriques » au principe du contradictoire. Le deuxième alinéa de l'article L. 3211-3 CSP dispose désormais qu'« Avant chaque décision prononçant le maintien des soins en application des articles (...) L. 3213-1 et L. 3213-4 (...), la personne faisant l'objet de soins psychiatriques est, dans la mesure où son état le permet, informée de ce projet de décision et mise à même de faire valoir ses observations, par tous moyens et de manière appropriée à cet état ».

En dehors de l'instauration d'un contrôle systématique du juge sur les mesures d'hospitalisation sans consentement, la loi opère une dissociation entre la mesure de privation de liberté (hospitalisation complète) et le protocole de soins. D'une part, est créée une phase initiale d'admission en hospitalisation complète de soixante-douze heures applicable à toute procédure d'admission en soins psychiatriques qui a pour vocation de permettre d'apporter les soins urgents nécessaires et d'évaluer l'orientation adaptée au malade. D'autre part, est créé un régime de soins sans consentement n'impliquant pas l'hospitalisation.

Ce texte souffre d'insuffisances si l'on en juge par le fait que par un arrêt en date du 8 février 2012 Association « Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie », (CRPA) (n°352667 et 352668) le Conseil d'Etat a renvoyé la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 3211-2-1, du II de l'article L. 3211-12, du 3° du I de l'article L. 3211-12-1 et de l'article L. 3213-8 CSP, dans leur rédaction issue de cette loi n° 2011-1083 du 5 juillet 2011 au Conseil constitutionnel.

Nonobstant les critiques que la loi du 5 juillet 2011 a pu susciter, le texte n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité a priori. Ce qui explique que par une décision en date du 20 avril 2012 n°2012-235 QPC

---

9 - Tribunal des conflits, 27 novembre 1995, Préfet de Paris c/ Mlle Boucheras, Rec. CE, p. 503, D. 1996. 285, note J.-S. Cayl.

10 - Conseil d'Etat, sect., 28 juillet 2000, E. A., req. no 151068, Rec., p. 347, RFDA 2000. 1148.

11 - Cass. 1re civ. 16 mars 2004, no 01-15.538 CHS de Montperrin, JCP A 2004 no 1298, note O. Renard-Payen.

12 - Tribunal des conflits, 26 juin 2006, Président du Conseil de Paris c. Préfet de police de Paris, req. no 3513.

Association « Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie » le Conseil constitutionnel a censuré le paragraphe II de l'article L. 3211-12 et l'article L. 3213-8 CSP[13].
Le paragraphe II de l'article L. 3211-12 CSP se rapporte à l'obligation de soins ordonnée par le représentant de l'État lorsque celui-ci est avisé par les autorités judiciaires que l'état mental d'une personne qui a bénéficié d'un classement sans suite, d'une décision d'irresponsabilité pénale ou d'un jugement ou arrêt d'irresponsabilité pénale nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public ; il prévoit que le juge des libertés et de la détention qui peut être saisi pour ordonner la mainlevée immédiate d'une mesure de soins psychiatriques ordonnés sans le consentement du patient, ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis du collège de soignants prévu par l'article L. 3211-9 et, d'autre part, qu'il ne peut décider la mainlevée de la mesure sans avoir ordonné deux expertises supplémentaires établies par deux psychiatres.
L'article L. 3213-8, quant à lui, est applicable lorsqu'une personne fait ou a fait l'objet, dans les mêmes conditions et pour les mêmes motifs, d'une mesure « d'hospitalisation » ordonnée par le représentant de l'État. Il prévoit que le représentant de l'État ne peut décider de mettre fin à une mesure de soins psychiatriques qu'après avis du collège de soignants mentionné à l'article L. 3211-9 ainsi qu'après deux avis concordants sur l'état mental du patient émis par deux psychiatres.
Ces deux articles concernent donc les personnes faisant ou ayant fait l'objet, au cours des dix dernières années, soit d'une mesure d'admission en soins psychiatriques, sous la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement psychiatrique ordonnée par une chambre d'instruction ou une juridiction de jugement prononçant un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental en application de l'article 706-135 du code de procédure pénale, soit d'une hospitalisation ordonnée par le représentant de l'État lorsque ces personnes ont, en outre, été, au cours de leur hospitalisation, admises en unité pour malades difficiles (UMD).
Le Conseil constitutionnel admet qu'en raison de la spécificité de la situation des personnes ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental ou qui présentent, au cours de leur hospitalisation, une particulière dangerosité, le législateur peut assortir de conditions particulières la levée de la mesure de soins sans consentement dont ces personnes font l'objet ; mais celà ne peut se concevoir que si des garanties légales contre le risque d'arbitraire sont adoptées.
Or ni dans l'un ni dans l'autre cas le conseil constitutionnel n'a trouvé dans les articles critiqués de la loi ou dans les autres de dispositions

13 - E. Pechillon, Censure partielle de la loi du 5 juillet 2011 relative aux soins sous contrainte : vers une réforme en profondeur de la psychiatrie avant octobre 2013 ? JCP A 2012 n° 26. 2230 ; C. Castaing, Première censure de la loi du 5 juillet 2011 ... le législateur n'est pas quitte !, Dr. adm., juin 2012, n° 6, p. 36-41; I. Maria, Hospitalisation d'office : des dispositions encore insatisfaisantes, Droit de la famille, juillet-août 2012, n° 7-8, p. 1-2 ; K. Blay-Grabarczyk, Le régime de l'hospitalisation sous contrainte, RFDA, 2012 p. 629.

encadrant les formes et précisant les conditions dans lesquelles la décision est prise par l'autorité administrative ; les dispositions contestées font ainsi découler d'une hospitalisation en unité pour malades difficiles, laquelle est imposée sans garanties légales suffisantes, des règles plus rigoureuses que celles applicables aux autres personnes admises en hospitalisation complète, notamment en ce qui concerne la levée de ces soins en méconnaissance notamment de l'article 66 de la Constitution. Par ailleurs la transmission au représentant de l'État par l'autorité judiciaire est possible quelles que soient la gravité et la nature de l'infraction commise en état de trouble mental sans qu'il y ait d'information préalable de la personne intéressée ni de dispositions particulières relatives à la prise en compte des infractions ou de une procédure adaptée; ces dispositions font découler de cette décision de transmission, sans garanties légales suffisantes, des règles plus rigoureuses que celles applicables aux autres personnes soumises à une obligation de soins psychiatriques, notamment en ce qui concerne la levée de ces soins ce qui caractérise une atteinte à ce même article 66 de la Constitution.

Le régime juridique de l'hospitalisation sans consentement est donc loin d'avoir trouvé son point d'équilibre. Mais le mécanisme de la QPC dont on a pu dire qu'il était « l'instrument d'un certain « souverainisme juridique » dans sa conception initiale[14] prouve son incontestable utilité en venant renforcer la protection des personnes.

14 - R. Tinière, Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme, entre équivalence et complémentarité, Présentation, RFDA 2012 p. 621.

LIBERTES INDIVIDUELLES ET HOSPITALISATION SANS CONSENTEMENT

Justin C. Kissangoula
Maître de conférences (HDR) à l'Université Paris Descartes
Centre Maurice Hauriou

Dans la quatrième édition de son manuel de *Libertés publiques* datant de 1972, Georges Burdeau écrit que « les déments constituent une catégorie sociale à l'égard de laquelle des restrictions à la liberté individuelle s'imposent, tant dans l'intérêt du malade que dans celui de la collectivité »[1].

Cette prise de position très explicite n'est pas sans rappeler l'énoncé des stipulations de l'article 5§1 – e) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou en abrégée, la Convention européenne des droits de l'homme.En effet, aux termes de ce texte, « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : e) s'il s'agit de la détention régulière d'un (...) aliéné (...) »[2].

D'un côté, Georges Burdeau parle de « déments », de l'autre, le texte européen des droits de l'homme parle d' « aliénés ». « Insensés »[3], « fous »[4], « malades mentaux »[5], ou encore « personnes souffrant de troubles men-

1 - G. Burdeau, *Les Libertés Publiques*, 4e édition revue et complétée, Paris, L.G.D.J, 1972, p. 164.

2 - Voir par exemple, J. De Meyer, « Article 5§1 », L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2e éd., Économica, Paris, 1999, p. 189.

3 - Voir par exemple G. Landron, Du fou social ou fou médical. Genèse parlementaire de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, Déviance et société, 1995, vol. 19, n° 1, pp. 3-21.

4 - Voir par exemple, A. Graboy-Grobesco, Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades, AJDA, 2004. 65.

5 - Voir par exemple, D. Truchet, Malades mentaux, Rép. Civ. Dalloz.

taux »sont, entre autres, les autres appellations utilisées, selon les époques, pour qualifier cette réalité sociologique[6].

Dans tous les cas, ces expressions servent à appréhender une certaine catégorie sociale qui peut être privée de sa liberté individuelle et de son droit à la sûreté parce qu'elle doit faire l'objet de ce qu'il est convenu d'appeler des décisions d'« hospitalisation sans consentement », correspondant à ce qui était autrefois désigné sous le vocable de mesures d'« internement ou de placement dans un asile psychiatrique »[7].

Au regard de ce qui vient d'être noté, l'évidence voudrait donc que la privation, ou à tout le moins les restrictions de liberté soient la règle pour « les déments » ou « les aliénés »dès l'instant où ils font l'objet d'une procédure d'hospitalisation sans consentement.

Il s'agit cependant d'une fausse évidence, en ce que ni Georges Burdeau, ni d'ailleurs l'instrument européen de protection des droits de l'homme ne donnent de définition de ceux qui sont « les déments » ou « les aliénés », c'est-à-dire ne circonscrivent précisément cette catégorie sociale qui peut être l'objet de restriction ou de privation de liberté en étant placée en hospitalisation sans consentement.

Et c'est précisément cette difficulté définitionnelle de ceux qui sont « les déments » ou « les aliénés », ou encore « les malades mentaux » qui explique que la question de l'hospitalisation sans consentement ou autrefois de l'internement dans un asile psychiatrique a toujours été abordée en France en particulier et dans les démocraties occidentales en général[8] sous l'angle de l'atteinte ou non aux libertés individuelles et notamment à la sûreté des personnes ainsi catégorisées[9].

On remarquera que la Cour européenne des droits de l'homme[10] ne s'y est d'ailleurs pas trompée en se saisissant de cette question définitionnelle[11] dès son premier arrêt relatif à l'interprétation de l'article 5§1 – e).

---

6 - Voir par exemple, T. Szasz, *Fabriquer la folie*, Paris, Payot, 1976 ; M. Jaeger, *Le désordre psychiatrique*, Paris, Payot, 1981 ; M. Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972.

7 - Par « hospitalisation sans consentement » ou « internement ou placement dans un asile psychiatrique », il faut entendre cette opération administrative et/ ou judiciaire consistant à priver une personne de sa liberté et de son droit à la sûreté en le mettant, par le biais de l'internement ou de l'hospitalisation, à la disposition des « experts-aliénistes » aux motifs qu'elle serait atteinte de troubles mentaux et devient potentiellement ou réellement un danger pour elle-même ou pour la société.

8 - Voir par exemple, M. Gauchet, G. Swain, *La pratique de l'esprit humain : l'institution asilaire et la Révolution démocratique*, Paris, Gallimard, 1980 ; J. Michel, Par-delà la loi du 30 juin 1838 : la rationalité juridique, L'information psychiatrique, vol. 64, n° 6, 1988, pp. 1-15.

9 - Voir par exemple, R. Badinter (animation de), *Liberté, Libertés*, Préf. De F. Mitterrand, Paris, Gallimard, 1976 ; J. Robert, J. Duffar, *Droits de l'Homme et Libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 1996, pp. 318 et s.

10 - Voir sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, F. Sudre, J.-P. Marguenaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, G. Gonzalez, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6e éd. Mise à jour, Paris, P.U.F, coll. Thémis Droit, 2011.

11 - Voir par exemple Th. Douraki, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux*, Paris, L.G.D.J, 1986, p. 50 et s.

Dans son arrêt *Winterwerp c/ Pays-Bas* du24 octobre 1979[12], elle a, dans un premier temps, observé que le terme « aliéné » « ne se prête pas à une interprétation définitive » et que « son sens ne cesse d'évoluer avec les progrès de la recherche psychiatrique, la souplesse croissante du traitement et les changements d'attitude de la communauté envers les maladies mentales, notamment dans la mesure où se répand une plus grande compréhension des problèmes des patients ».

Cette observation l'a ensuite conduite à élaborer les trois conditions qui doivent être remplies en la matière. Pour priver l' « aliéné » de sa liberté, *dit-elle*, l'on doit, sauf dans les cas d'urgence, avoir établi son aliénation de manière probante, ce qui signifie qu'un trouble mental réel doit avoir été démontré devant l'autorité nationale compétente... par une expertise médicale objective. Il faut en outre que ce trouble ait « un caractère ou une ampleur légitimant l'internement ». Enfin, « ce dernier ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble »[13].

La Haute juridiction strasbourgeoise a, dans un troisième temps, pris l'exemple illustratif des dérives auxquelles peut aboutir cette catégorisation sociale en indiquant qu' « en tout cas », l'alinéa e) ne permet pas de « détenir quelqu'un du seul fait que ses idées ou son comportement s'écartent des normes prédominant dans une société donnée ».

Ce qui vaut dans le cadre européen des droits de l'homme a également prévalu en France.

Section I - La liberté individuelle dans les mesures d'hospitalisation sans consentement

En effet, à partir de la Révolution française, c'est sous l'angle des droits de l'homme en général et de la préservation de la liberté et du droit à la sûreté en particulier, donc « du mouvement vers une reconnaissance du « fou » comme malade »[14] que la question de l'internement des insensés a été posée.

A. Les bases textuelles

Dans ce sens, il y a dans un premier temps, plus généralement, les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, notamment la Proclamation par ce texte de la liberté et de la

12 - CourEDH, *arrêt Winterwerp c/ Pays-Bas*, 24 octobre 1979, série A, n° 33 ; voir pour le commentaire de cette décision, P. Rolland, P. Tavernier, Observations sous CourEDH, *arrêt. Winterwerp c/ Pays-Bas*, 24 octobre 1979, req. n° 6-301-73, Clunet, 1982, n° 1, p. 91.

13 - Voir dans le même sens par exemple, CourEDH, *arrêt X. c/ Royaume-Uni*, 5 novembre 1981, req. n° 7215/ 75.

14 - Voir G. Landron, Du fou social ou fou médical. Genèse parlementaire de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, Déviance et société, 1995, vol. 19, n° 1, pp. 3-21.

sûreté comme étant, avec la propriété et la résistance à l'oppression, les droits naturels et imprescriptibles de l'Homme dont la conservation est le but de toute association politique[15]. Il y a, dans un deuxième temps, de façon plus précise, les articles 7[16], 8[17], 10[18] et 11[19] de ce même texte qui interdisent d'abord les accusations, arrestations et détentions arbitraires ; promeuvent ensuite la liberté d'opinion, y compris religieuse et la libre communication des idées, avertissent enfin que « ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ».Dans un troisième temps et plus concrètement, c'est dans ce sens que l'on peut interpréter l'entreprise des Révolutionnaires ayant consisté à abolir les lettres de cachet qui autorisaient l'enfermement des insensés sous l'Ancien Régime par les décrets des 13 et 16 mars 1790[20]. Dans la même direction, les Révolutionnaires ordonnèrent aux juges et aux médecins de prévenir l'arbitraire en exigeant des gens de police et des familles qu'ils empêchent les insensés de divaguer par les lois des 16 – 24 août 1790 et 19 – 22 juillet 1791[21].

1) La liberté individuelle dans la loi « Esquirol » du 30 juin 1838 [22]

C'est selon cette même focale de la préservation de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des aliénés qu'il convient de lire la fameuse loi « Esquirol » du 30 juin 1838 sur les aliénés[23]. Comme l'expliquait Monsieur le Ministre de l'Intérieur dans sa circulaire n° 37 du 23 juillet 1838 prise en exécution de la loi du 30 juin 1838 adressée aux Préfets, « cette loi sera reçue avec reconnaissance par tous les vrais amis de l'humanité ;

15 - Voir en ce sens l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) aux termes duquel, « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

16 - Cet article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ».

17 - L'article 8 de la DDHC mentionne que « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

18 - L'article 10 de la DDHC dispose que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ».

19 - Il résulte de l'article 11 de la DDHC que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».

20 - Cité par G. Landron, *op. cit.* ; voir aussi J.-P. Machelon, La loi de 1838 sur les aliénés. La résistance au changement, R.D.P, 1984, pp. 1005-1084.

21 - *Ibidem.*

22 - Voir par exemple, C. Quetel, *La loi de 1838 sur les aliénés*, 2 vol., Paris, Frénésie Editions, 1988 ; J.-E. Esquirol, *Examen du projet de loi sur les aliénés*, Paris, 1838 ; Ministère de l'Intérieur et des cultes, *Législation sur les aliénés et les enfants assistés. Discussion de la loi sur les aliénés à la chambre des députés et à la chambre des pairs*, Paris, Berger-Levrault, 1881- 1884, rééd. Analectes, 5 vol., 1972 ; A. Binet, Th. Simon, La législation sur les aliénés, L'année psychologique, 1910, vol. 17, pp. 351-362 ; G. Landron, Du fou social ou fou médical. Genèse parlementaire de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, Déviance et société, 1995, vol. 19, n° 1, pp. 3-21.

23 - Voir notamment A. Binet, Th. Simon, La législation sur les aliénés, L'année psychologique, 1910, vol. 17, pp. 351-362 ; G. Landron, Du fou social ou fou médical. Genèse parlementaire de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, Déviance et société, 1995, vol. 19, n° 1, pp. 3-21.

elle remplit une lacune importante dans notre législation administrative ; considérée dans son but et dans ses effets, elle doit être une garantie tout à la fois pour la liberté individuelle et pour la sûreté publique ».

S'il paraît incontestable que cette loi « représente sur le plan législatif l'acte de naissance de la psychiatrie »[24] ou « qu'il est le véritable code de l'aliénation »[25], il paraît tout aussi incontestable qu'elle a été dictée par « la crainte d'une séquestration arbitraire »[26], donc pour la préservation de la liberté et du droit à la sûreté des « aliénés ».

Dans ce sens, commentant la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés en particulier et la réglementation sur les aliénés en général, Alfred Binetet Th. Simon écrivent, en 1901, que « la crainte d'une séquestration arbitraire est ce qui paraît inspirer surtout ceux qui s'occupent de légiférer sur les aliénés ; les règlements édictés paraissent avoir pour but principal d'empêcher qu'un homme réellement sain d'esprit soit interné dans une maison d'aliénés et, s'il est guéri, que son internement y soit prolongé indéfiniment »[27]. Ils ajoutent que « le public, qui juge toutes choses à travers son émotion, prend toujours fait et cause pour ceux qui semblent les victimes d'une séquestration arbitraire ; et la conséquence de cet état de l'opinion publique, c'est que les principales formalités dont on entoure les placements des malades et leur sortie sont des formalités dirigées contre l'autorité médicale ; car c'est le médecin, beaucoup plus souvent que l'autorité administrative, qui est l'objet de suspicion »[28].

Dans son ouvrage portant sur *La psychiatrie française de Pinel à nos jours*, H. Baruk ne dit pas autre chose lorsqu'il fait valoir que cette loi « garantit la protection de la liberté individuelle, des biens et de la personne des malades mentaux »[29]. Plus significative encore est sans doute le propos de Gilles Landron, lequel a retracé *La genèse parlementaire de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés*. Il analyse d'abord que « par la définition des conditions d'hospitalisation, par l'établissement de quelques garanties nécessaires pour la protection de la personne et des biens des aliénés, la loi du 30 juin 1838, qui ne voulait traiter que du fou social, va, de fait, officialiser l'intérêt pour le fou médical »[30] ; il constate

24 - G. Landron, *op. cit.*, p. 3.

25 - A. Binet, Th. Simon, La législation sur les aliénés, *op.cit.*

26 - En 1906, la circulaire CLEMENCEAU disposait en ce sens que « l'idée que l'un de nos semblables peut être indûment retenu dans un établissement d'aliéné est intolérable à la conscience humaine : il n'en est point qui soulève dans l'esprit public de plus vive et plus juste émotion. Sans aucun doute, les appréhensions de l'opinion publique sont le plus souvent mal fondées, et si de telles séquestrations se sont produites, leur nombre ne peut être que très minime : mais 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 » Cité par X. Vandendriessche, Le droit des hospitalisations psychiatriques. Derniers développements, R.D.S.S, 1992, pp. 1 et s.

27 - A. Binet, Th. Simon, La législation sur les aliénés, *op.cit.*

28 - *Ibidem.*

29 - H. Baruk, *La psychiatrie française de Pinel à nos jours*, Paris, P.U.F, 1967.

30 - G. Landron, *op. cit.*

ensuite que « les garanties offertes à la préservation de la liberté individuelle sont, au contraire, l'objet permanent des débats »[31].

Si la préservation de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des aliénés étaient au cœur du processus d'élaboration de cette loi du 30 juin 1838 sur les aliénés[32], il y avait toutefois débat autour des modalités pratiques permettant la sauvegarde de la liberté individuelle des aliénés internés.

2) Le choix « administratif » pour la préservation de la liberté individuelle des aliénés internés

Pour les uns, fidèles à la conception dogmatique et anglo-saxonne de la liberté individuelle, cellede *l'habeas corpus*[33], la sauvegarde de la liberté individuelle, y compris des aliénés, passait nécessairement par la soumission des mesures de placement en asile psychiatrique sous le contrôle préalable du juge judiciaire[34].

« Le député Isambert, *note Gilles Landron*, se fait le champion de la thèse judiciaire en contestant l'autorité du préfet en matière de placements ». Il demande que « la responsabilité soit attribuée à l'autorité judiciaire et non à l'autorité administrative ». Il va jusqu'à affirmer que « le principe qu'il attaque n'est autre que celui des lettres de cachet ».

Pour le député Isambert donc, il y a irréductibilité et indépassabilité de la thèse judiciaire en matière de sauvegarde de la liberté individuelle, principalement des aliénés,« tant il est difficile de faire prévaloir une plainte contre un fonctionnaire malgré tous nos élans de liberté »[35].

Même s'il ne s'agit pas du choix ayant finalement prévalu[36], plusieurs dispositions de la loi « Esquirol » du 30 juin 1838 prévoit néanmoins, soit l'information de l'autorité judiciaire, notamment du président du tribunal, du procureur du Roi ou du juge de paix en cas de mesure de placement dans les établissements d'aliénés[37], soit l'intervention mais *a posteriori* de l'autorité judiciaire.

---

31 - *Ibidem.*

32 - F. Guilbert, *Liberté individuelle et hospitalisation des malades mentaux*, Préface de F. TERRE, Paris, Librairies techniques, 1974.

33 - Voir par exemple, D. Baranger, *« Habeas corpus »*, J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, S. Rials et F. Sudre, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, P.U.F, coll. Quadrige/ Dicos Poche, p. 473 ; A. Viala, *« Sûreté »*, J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, S. Rials et F. Sudre, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, P.U.F, coll. Quadrige/ Dicos Poche, p. 915.

34 - Voir par exemple, J. Lemoine, *Le régime des aliénés et la liberté individuelle*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934 ; P. Serieux, L. Libert, *Le régime des aliénés au XVIIIe s.*, Paris, Masson, 1913.

35 - Chambre des Députés, séance du 3 avril 1837, Cité par G. Landron, p. 16.

36 - Ce choix judiciaire n'avait tellement pas prévalu qu'il est souvent revenu sur le tapis, notamment en 1904, dans la proposition relative aux garanties de la liberté individuelle (*J.O*, Documents Sénat, 1904) par laquelle CLEMENCEAU voulait créer un délit spécifique en motivant que « tout internement d'aliéné constituera le délit de violation de la liberté individuelle s'il n'a pas été immédiatement soumis à la ratification de l'autorité judiciaire ».

37 - Voir par exemple les articles 4, 10, 13 et 22 de cette Loi.

Pour ne prendre que ces exemples très significatifs, les articles 4 et 29 de cette loi disposent respectivement que « Le préfet et les personnes spécialement délégués à cet effet par lui ou par le ministre de l'Intérieur, le président du tribunal, le procureur du Roi, le juge de paix, le maire de la commune, sont chargés de visiter les établissements publics ou privés consacrés aux aliénés. Ils recevront les réclamations des personnes qui y seront placées, et prendront, à leur égard, tous renseignements propres à faire connaître leur position », et que « toute personne placée ou retenue dans un établissement d'aliénés, son tuteur si elle est mineure, son curateur, tout parent ou ami, pourront, à quelque époque que ce soit, se pourvoir devant le tribunal du lieu de la situation de l'établissement, qui, après les vérifications nécessaires, ordonnera, s'il y a lieu, la sortie immédiate ».

Pour les autres, en considération de la conception pragmatique et française de la liberté individuelle, celle des lois des 16 et 24 août 1790 et 16 fructidor an III, considérées comme ayant établi le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire[38], interdisant en conséquence à l'autorité judiciaire de s'immiscer dans les affaires de l'administration, il était aussi suffisant et satisfaisant de confier cette mesure de placement aux représentants de l'autorité publique – administratif et/ ou médical – pour aboutir au même résultat.

Dans ce sens-ci, le Comte de Gasparin, ministre de l'Intérieur, qui lors de sa présentation du projet initial à la chambre des députés le 6 janvier 1837 soutenait notamment que c'est l'autorité administrative, et non l'autorité judiciaire, qui doit assumer la responsabilité de l'isolement de l'aliéné. Pour appuyer sa thèse, il argumentait qu'il s'agit essentiellement de mesures de sûreté publique qui relèvent des attributions de l'autorité administrative. Ces mesures d'isolement exigent, *toujours selon lui*, célérité, prudence et discrétion ; et ces qualités se concilient difficilement avec la lenteur et la solennité des formes judiciaires alors qu'elles sont plus faciles aux opérations administratives. Il ajoutait notamment que le seul motif en faveur de l'autorité judiciaire serait ses garanties et les formes dont elle s'entoure, mais dans le cas où l'observation de ces formes est impossible, l'exercice de son pouvoir n'apporterait aucun avantage qui ne se retrouve pas dans l'action administrative, et serait privé de ceux que l'action administrative possède en propre.

De plus, et c'est sans doute l'un des arguments les plus décisifs en ce qu'il symbolise au mieux la conception française de la préservation de la liberté individuelle, Monsieur le Ministre de l'Intérieur avançait que « l'autorité administrative n'est plus aujourd'hui suspecte d'arbitraire et

38 - Voir par exemple, J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Préface de R. Drago, Paris, L.G.D.J., 1970 ; A. Van Lang, Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité, AJDA, 2005, p. 176.

on la reconnaît responsable et protectrice, elle est elle-même une garantie »[39].

En tout état de cause, *ainsi que le relève Gilles Landron*, « la thèse de la priorité administrative est largement acceptée, non seulement par les parlementaires, mais aussi par la majorité des aliénistes consultés »[40].

L'institutionnalisation de la psychiatrie découle précisément de ce choix administratif pour la préservation de la liberté individuelle des aliénés internés dans la loi du 30 juin 1838.

B. Les bases institutionnelles

Ainsi, c'est au nom de la conception française de la préservation de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des aliénés internés que cette loi - qui dispose à son article 1er que « chaque département est tenu d'avoir un établissement public, spécialement destiné à recevoir et soigner les aliénés, ou de traiter, à cet effet, avec un établissement public ou privé, soit de ce département, soit d'un autre département » - procède à un certain nombre de distinction clarificatrice et organisationnelle, c'est-à-dire que la situation de l'aliéné interné y est traitée différemment selon qu'il est placé dans un asile public ou dans un asile privé et selon qu'il a fait l'objet d'un placement volontaire ou d'un placement d'office. Ou pour le dire autrement, « l'autorité administrative étant elle-même une garantie » de la liberté individuelle des aliénés internés, ce sont en conséquence, soit les personnes privées demandant le placement des aliénés, soit les établissements privés accueillant des aliénés qu'il convenait de mettre sous surveillance pour éviter soit les demandes, soit les internements arbitraires.

1) La distinction entre placement en établissements publics
et placement en établissements privés

Cette distinction fait l'objet notamment des articles 2 à 7 et 9 à 11 de cette loi et il saute aux yeux qu'une méfiance d'internement arbitraire entoure le placement des aliénés en établissements privés.

Cette suspicion entourant le placement des aliénés en établissements privés en ce qu'il ne serait qu'un internement arbitraire déguisé se manifeste d'abord par la mise sous surveillance de l'autorité publique des établissements privés consacrés aux aliénés. Ainsi, si « les établissements publics consacrés aux aliénés sont placés sous la direction de l'autorité publique »[41], « les établissements privés consacrés aux aliénés

39 - Cité par G. Landron, *op. cit.*, pp. 8-9.

40 - Cité par G. Landron, *op. cit.*, p. 16.

41 - Voir l'art. 2 de la loi du 30 juin 1838.

sont, quant à eux, placés sous la surveillance de l'autorité publique »[42]. De toute façon, il résulte de la loi que « nul ne pourra diriger ni former un établissement privé consacré aux aliénés sans l'autorisation du gouvernement »[43].

Cette méfiance au terme de laquelle le placement de l'aliéné en établissements privés ne serait qu'un détournement de la procédure et masquerait ainsi mal l'internement arbitraire se manifeste ensuite au niveau de la distinction établie par la loi entre « les établissements privés qui seront visités, à des jours indéterminés, une fois au moins chaque trimestre, par le procureur du Roi de l'arrondissement »[44] alors que « les établissements publics le seront de la même manière, mais seulement une fois au moins par semestre »[45].

Cette défiance envers les établissements privés pour recueillir les aliénés se manifeste enfin à d'autres niveaux, comme ont pu le remarquer A. Binet, Th. Simon dans leur commentaire de cette loi. Ils constatent en ce sens que « si l'aliéné est interné dans un asile privé, la loi a pris des précautions plus sévères pour défendre la liberté individuelle : elle prescrit qu'en tout état de cause, le Préfet sera avisé de l'internement dans les vingt-quatre heures, et le Préfet avisera à son tour le procureur de la République et un médecin inspecteur des asiles privés qui visitera le malade dans les trois jours et statuera sur son état »[46].

C'est cette défense très sévère de la liberté individuelle si l'aliéné est interné dans un asile privé que l'on retrouve notamment dans les dispositions des articles 9 et 10 de cette loi, desquelles il résulte que « si le placement est fait dans un établissement privé, le préfet, dans les trois jours de la réception du bulletin, chargera un ou plusieurs hommes de l'art de visiter la personne désignée dans ce bulletin, à l'effet de constater son état mental et d'en faire rapport sur-le-champ. Il pourra leur adjoindre telle autre personne qu'il désignera », et d'autre part que « dans le même délai, le préfet notifiera administrativement les noms, profession et domicile, tant de la personne placée que de celle qui aura demandé le placement, et les causes du placement, 1° au procureur du Roi de l'arrondissement du domicile de la personne placée ; 2° au procureur du Roi de l'arrondissement de la situation de l'établissement ».

42 - Voir l'art. 3 de la loi du 30 juin 1838.

43 - Voir l'art. 5 de la loi du 30 juin 1838.

44 - Voir l'art. 4 de la loi du 30 juin 1838.

45 - Voir l'art. 4 de la loi du 30 juin 1838.

46 - Voir en ce sens les articles 9, 10 et 11 de la Loi « Esquirol » de 1838. Egalement, A. Binet, Th. Simon, La législation sur les aliénés, L'année psychologique, 1910, vol. 17, pp. 351-362.

2) La distinction entre placement volontaire et placement ordonné par l'autorité publique

Toujours dans cette optique de préservation de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des aliénés internés, la loi distingue deux types de placement en asile psychiatrique, public ou privé : *le placement volontaire sur la demande de parents ou d'amis, donc sur initiative privée* et *le placement d'office ordonné par l'autorité publique, et spécialement par le Préfet et le Préfet de police à Paris, sur intervention donc de l'autorité publique* pour sauvegarder la société contre un aliéné dangereux.

Ici aussi, c'est pour éviter l'arbitraire que **le placement volontaire**, codifié aux articles 8 à 17 de la loi « Esquirol », est soumis à un formalisme protecteur et plus contraignant que le placement dit d'office.

Très concrètement, il résulte notamment aussi bien de l'article 8 que de l'article 12 de cette loi que le placement volontaire, fait à la demande de personnes privées donc, requiert l'accomplissement d'un certain nombre de formalités substantielles mises en place pour prévenir les abus et qui peuvent, prises à la lettre, se comparer à un « parcours du combattant ».

Premièrement, aucun chef ou préposé responsable d'établissements publics ou directeur d'établissements privés ne peut recevoir une personne atteinte d'aliénation mentale s'il n'a reçu, soit personnellement, soit par l'intermédiaire du maire ou du commissaire de police, une demande d'admission écrite et signée contenant d'une part, relativement à la personne formant la demande, ses noms, professions, âge, domicile, indication du degré de parenté ou, à défaut, de la nature des relations qui existent entre elles, d'autre part, relativement à la personne dont le placement sera réclamé et dont l'individualité devrait être constatée par un passeport ou toute autre pièce, ses noms, professions, âge et domicile[47].

Deuxièmement, cette demande d'admission doit s'accompagner d'un certificat médical qui devait obéir à un formalisme tout aussi contraignant. Ainsi, il devait être délivré moins de quinze jours avant sa remise au chef ou directeur et le médecin signataire de ce certificat ne pouvait être un médecin attaché à l'établissement, encore moins un médecin parent ou allié, au second degré inclusivement, soit des chefs ou propriétaires de l'établissement, soit de la personne faisant effectuer le placement[48].

Troisièmement, un bulletin d'entrée, mentionnant en plus de toutes les pièces produites déjà évoquées, un deuxième certificat médical, éma-

47 - Voir l'art. 8 de la loi du 30 juin 1838.

48 - Voir l'art. 8 de la loi du 30 juin 1838.

nant cette fois-ci du médecin de l'établissement, devait être établi et envoyé dans les vingt quatre heures au Préfet de police à Paris et au Préfet en dehors de Paris[49].

Quatrièmement, il y aura, dans chaque établissement, un registre coté et paraphé par le maire, sur lequel seront immédiatement inscrits les noms, profession, âge, et domicile des personnes placées dans les établissements, la mention du jugement d'interdiction, si elle a été prononcée, et le nom de leur tuteur ; la date de leur placement, les noms, profession et demeure de la personne, parente ou non parente, qui l'aura demandé. Seront également transcrits sur ce registre : 1° le certificat du médecin, joint à la demande d'admission ; 2° ceux que le médecin de l'établissement devra adresser à l'autorité, conformément aux articles 8 et 11 de la loi.Ce registre sera tenu par le médecin qui y consignera au moins tous les mois, les changements survenus dans l'état mental de chaque malade, constatant les sorties et les décès. Enfin, ce registre sera soumis aux personnes qui, d'après l'article 4, auront le droit de visiter l'établissement, lorsqu'elles se présenteront pour en faire la visite et après l'avoir terminée, elles apposeront sur le registre leur visa, leur signature et leurs observations, s'il y a lieu[50].

En résumé, le placement volontaire nécessite, outre une demande de la famille et un certificat d'identité, deux certificats de médecins : l'un signé par un médecin qui peut ne pas être un spécialiste ; le second délivré par un médecin de l'asile public ou privé où l'aliéné est interné. Il est à ce titre décidé par l'autorité médicale[51].

Le placement d'office, ou **placement ordonné par l'autorité publique** selon les termes de la loi, codifié aux articles 18 à 24, est *quant à lui* prononcé par le Préfet dans les départements et par le Préfet de police à Paris. Et le moins que l'on puisse dire, c'est qu'au lieu d'être encadrée, un petit peu quand même !, la compétence préfectorale en la matière est au contraire précisée et valorisée.

Et, c'est parce que le Préfet est regardé ici comme étant « l'autorité administrative responsable et protectrice » de la liberté individuelle des aliénés internés, que la loi énonce, d'abord qu'« à Paris, le préfet de police, et, dans les départements, les préfets ordonneront d'office le placement, dans un établissement d'aliénés, de toute personne interdite, ou non interdite, dont l'état d'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes »[52] ; ensuite, qu'« en cas de danger imminent, attesté par le certificat d'un médecin ou par la notoriété publique, les

49 - Voir l'art. 8 de la loi du 30 juin 1838.

50 - Voir art. 12 de la loi du 30 juin 1838.

51 - Voir en ce sens notamment A. Binet, Th. Simon, « La législation sur les aliénés », *L'année psychologique*, 1910, vol. 17, pp. 351-362.

52 - Voir art. 18 de la loi du 30 juin 1838.

commissaires de police à Paris, et les maires dans les autres communes, ordonneront, à l'égard des personnes atteintes d'aliénation mentale, toutes les mesures provisoires nécessaires, à la charge d'en référer dans les vingt-quatre heures au préfet, qui statuera sans délai »[53] ; enfin, qu'« à l'égard des personnes dont le placement aura été volontaire, et dans le cas où leur état mental pourrait compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes, le préfet pourra (...) décerner un ordre spécial, à l'effet d'empêcher qu'elles ne sortent de l'établissement sans son autorisation, si ce n'est pour être placées dans un autre établissement »[54].

Signe de la confiance que le législateur a placée dans l'autorité préfectorale en tant qu' « autorité administrative responsable et protectrice » de la liberté individuelle des aliénés internés, cette compétence préfectorale en matière de placement d'office des aliénés n'est soumise qu'à un formalisme peu contraignant, notamment à une obligation de motivation (par référence ?) et à une juste obligation d'information.

En ce sens, d'abord, « les ordres des préfets seront motivés et devront énoncer les circonstances qui les auront rendus nécessaires. Ces ordres (...) seront inscrits sur un registre semblable à celui qui est prescrit par l'article 12, dont toutes les dispositions seront applicables aux individus placés d'office »[55] ; ensuite, « les procureurs du Roi seront informés de tous les ordres donnés en vertu des articles 18, 19, 20 et 21. Ces ordres seront notifiés au maire du domicile des personnes soumises au placement, qui en donnera immédiatement avis aux familles »[56].

L'on comprend sans doute pourquoi le Conseil d'Etat a, dans sa décision du 20 décembre 1855, *Commune d'Issoudun*, motivé que la décision préfectorale d'ordonner le placement d'office des aliénés est « un acte de police administrative qui n'est pas susceptible d'aucune appréciation par la voie contentieuse »[57].

L'on comprend sans doute aussi pourquoi cette loi a connu une durée de vie exceptionnellement longue[58] dans le contexte français[59]. Elle n'a été incorporée dans le code de la santé publique que dans les années

53 - Voir art. 19 de la loi du 30 juin 1838.

54 - Voir art. 21 de la loi du 30 juin 1838.

55 - Voir art. 18 de la loi du 30 juin 1838.

56 - Voir art. 22 de la loi du 30 juin 1838.

57- Rec. Lebon, p. 759 ; Sirey, 1856, p. 439. Cité par J.-P. Machelon, La loi de 1838 sur les aliénés. La résistance au changement, R.D.P, 1984, pp. 1010.

58 - Voir en ce sens, notamment J. Michel, Par-delà la loi du 30 juin 1838 : la rationalité juridique, L'information psychiatrique, vol. 64, n° 6, 1988, pp. 1-15.

59 - Voir par exemple, J.-P. Machelon, La loi de 1838 sur les aliénés. La résistance au changement, R.D.P, 1984, pp. 1005-1084 ; M. Debène, La modernisation de la loi de 1838 sur les aliénés. Commentaire de la 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, AJDA du 20 décembre 1990, pp. 871-883 ; A. Prothais, La loi du 30 juin 1838 à l'aune du droit pénal, D., 1990, Chron., p. 51.

cinquante[60], soit près de cent cinquante ans après (actuellement sous les articles L. 3211-1 et ss.)[61]. Elle a, par la suite, été complétée, entre autres, d'abord par la loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, dite « Loi Sécurité et liberté »[62], ensuite par l'article 8 de la loi n°85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social (DDOS)[63], enfin par la loi n° 85-1468 du 31 décembre 1985 relative à la sectorisation psychiatrique[64] ; réformée par la loi « Evin »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[65] ; remaniée par la loi « Kouchner » n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé[66] ; puis corrigée par la loi « Sarkozy » 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[67].

---

60 - Décret du 10 septembre 1956, *Code Dalloz de la santé publique*, 8e éd. 1989, commenté par F. Moderne. Cité par M. Debène, La modernisation de la loi de 1838 sur les aliénés. Commentaire de la 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, AJDA du 20 décembre 1990, pp. 871-883.

61 - *Code Dalloz de la santé publique*, 26e éd., éd. 2012, Paris.

62 - Voir J.S. Cayla, Un aspect de la Loi Sécurité et Liberté : La protection de la liberté des malades hospitalisés pour troubles mentaux, R.D.S.S, 1981, p. 243.

63 - J.O.R.F du 26 juillet 1985, p. 8472. Voir pour le commentaire, notamment J.-S. Cayla, La sectorisation psychiatrique, R.D.S.S, 1985, p. 473.

64 - J.O.R.F du 1er janvier 1986, p. 7. Voir pour le commentaire, notamment J.-S. Cayla, L'organisation administrative de la sectorisation psychiatrique, R.D.S.S, 1987, p. 28.

65 - Voir par exemple, M. Debène, La modernisation de la loi de 1838 sur les aliénés. Commentaire de la 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, AJDA du 20 décembre 1990, pp. 871-883 ; L. Dubouis, La loi du 27 juin 1990 assure t-elle une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux conforme au droit européen ?, *Mélanges Auby*, 1992. 727 ; J.-M. Auby, La 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, JCP, éd. G., 1990. I. 3463 ; J.-S. Cayla, La protection des malades mentaux, R.D.S.S, 1990. 618 ; G. Nicolau, L'héritière (Réflexions sur la 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) , D. 1991, Chron. 29 ; M.-P. Champenois-Marmier, J. Santot, La 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, A.L.D, 1991. 123 ; X. Vandendriessche, Le droit des hospitalisations psychiatriques. Derniers développements, R.D.S.S, 1992, pp. 1 et s.

66 - Voir par exemple, Bellivier, Rochefeld, Droits des malades, qualité du système de santé. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, RTDciv., 2002. 574 ; Cormier, Les droits des malades dans la loi du 4 mars 2002, A.D.S.P, 2002. 6 ; Deguergue, Droit des malades et qualité du système de santé, AJDA, 2002. 508 ; Esper, La nouvelle réparation des conséquences des risques sanitaires, Médecine et droit, 2002, n° 55, p. 3 ; Fossier, Démocratie sanitaire et personnes vulnérables, *JCP*, éd. G., 2003, I. 135 ; Jourdain, Laude, Penneau, Prochy-Simon, *Le nouveau droit des malades*, Litec, Jurisclasseur, Carré Droit, 2002 ; Lambert-Faivre, La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : I. La solidarité envers les personnes handicapées, *D.*, 2002, Chron., 1217 ; Lambert-Faivre, La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : II. Les droits des malades, usagers du système de santé, D., 2002, Chron., 1291 ; Lambert-Faivre, La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : III. L'indemnisation des accidents médicaux, D., 2002, Chron. 1367 ; Mathieu, Les droits de la personne malade, LPA, n° 122, p. 10 ; Moquet-Anger, Les droits des personnes hospitalisées, R.D.S.S, 2002, p. 657 ; Prieur, Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002, R.G.D.M, 2002, n° 8.

67 - J.O.R.F du 6 juillet 2011, p. 11705. Voir par exemple pour le commentaire de cette loi, C. Castaing, Pouvoir administratif versus pouvoir médical ? (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), AJDA, 31 octobre 2011, pp. 2055-2062.

En formulant l'hypothèse que « la loi du 30 juin 1838, comme toute loi, n'a pu être que le développement de certaines potentialités disposées dans les codes du début du XIXe s.. Organisatrice, elle l'a été dans le cadre d'une compréhension de l'homme dominée par l'unilatéralité de la raison juridique. La penser et la réfléchir en l'isolant de cet environnement ne peut qu'être une opération abstraite. Et de même que l'asile renvoie à la société qui le construit, de même la loi de 1838 demande l'interrogation du droit commun »[68], bref, en admettant que cette loi mettait en œuvre une « rationalité juridique »[69], en ce qu'elle traduisait « le caractère restreint de la compréhension juridique des actions humaines »[70], il faut admettre que la frénésie législative actuelle met-elle aussi en œuvre une autre rationalité juridique, une sorte de« big bang » législatif et juridictionnel de l'hospitalisation sans consentement par l'effet des normes internationales et européennes etdes décisions des juridictions internes et européennes.

Section II – La liberté individuelle contre les mesures d'hospitalisation sans consentement

En réformant la loi du 30 juin 1838, le législateur français de 1990 entendait notamment se conformer à la Déclaration des droits du déficient mental adoptée par l'Organisation des Nations-Unies le 20 décembre 1971[71], à la Recommandation – R (83).2 - du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 22 février 1983 relative à la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires et au projet de résolution n° 1989-40 de la commission des droits de l'homme des Nations-Unies relatif « aux principes et garanties pour la protection des personnes détenues pour maladies mentales et souffrant de troubles mentaux »[72] ; ces différents textes mettant chacun l'accent sur la nécessité de créer des mécanismes de révision périodique de la durée des placements, de renforcer les contrôles *a posteriori* de ces placements et de respecter la séparation

68 - J. Michel, Par-delà la loi du 30 juin 1838 : la rationalité juridique, L'information psychiatrique, vol. 64, n° 6, 1988, p. 15.

69 - *Idem.*

70 - Voir J. Michel, Par-delà la loi du 30 juin 1838 : la rationalité juridique, *op. cit.*, p. 15.

71 - Déclaration proclamée par l'Assemblée générale le l'ONU du 20 décembre 1971, Résolution 2856, (XXVI), Chronique mensuelle, Juin 1971, n° 6, pp. 55-56. Voir par exemple, M. Debène, La modernisation de la loi de 1838 sur les aliénés. Commentaire de la 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, *AJDA* du 20 décembre 1990, pp. 871-883 ; L. Dubouis, La loi du 27 juin 1990 assure t-elle une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux conforme au droit européen ?, *Mélanges Auby*, 1992. 727.

72 - Voir notamment T. Douraki, La protection internationale des malades mentaux contre les traitements abusifs, *Mélanges Pettiti,* Paris, 1998. 310 ; A. Graboy-Grobesco, Les séjours psychiatriques sous contraintes et l'évolution des droits des malades, *op. cit.* ; L. Dubouis, La loi du 27 juin 1990 assure t-elle une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux conforme au droit européen ?, *Mélanges Auby*, 1992. 727 ; X. Vandendriessche, Le droit des hospitalisations psychiatriques. Derniers développements, R.D.S.S, 1992, pp. 1 et s.

des pouvoirs et des compétences entre les autorités ou les personnes qui décident d'un placement et celles qui le contrôlent[73].

En adoptant la loi du 5 juillet 2011, le législateur français a agi, certes sous la pression de la vindicte populaire[74], mais aussi et surtout sous la contrainte aussi bien du juge constitutionnel français[75] que de la Cour européenne des droits de l'homme[76].

Ce que ces deux exemples illustratifs et significatifs donnent à lire, c'est d'abord l'inadaptabilité aux temps présents du cadre dessiné par la loi du 30 juin 1838, c'est-à-dire le dépassement de la rationalité juridique que cette loi portait en germe ; c'est ensuite et surtout le resserrement des contraintes de conventionnalité et de constitutionnalité autour de la loi de 1838, ce qui peut se traduire encore par le divorce annoncé entre la liberté individuelle d'une part, et les mesures d'hospitalisation sans consentement d'autre part.

L'on assiste de la sorte à une remise cause sans équivoque de la conception française en matière de sauvegarde de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des aliénés internés, donc d'un côté, à la condamnation du « choix administratif » en tant que garantie pour la préservation de la liberté individuelle des aliénés internés, et de l'autre, à une recommandation toute aussi manifeste en faveur du « choix judiciaire » en tant qu'ultime garantie de la liberté individuelle des aliénés internés.

---

73 - Voir en ce sens, Intervention de C. Evin, Ministre de la santé, au Sénat, J.O.R.F, Déb. Parl., 18 avril 1990, p. 349. Cité par X. Vandendriessche, Le droit des hospitalisations psychiatriques. Derniers développements, R.D.S.S, 1992, pp. 1 et s.

74 - En effet, issue du discours du président de la République prononcé le 2 décembre 2008 lors d'une visite de l'établissement public spécialisé Erasme dans la ville d'Antony, cette loi est une réponse à la très vive émotion suscitée par l'homicide d'un jeune universitaire poignardé par un aliéné qui venait de s'échapper d'un hôpital psychiatrique à Grenoble en 2008.

75 - Voir notamment, Décision n° 2010 – 71 QPC du 26 novembre 2010, *Mademoiselle Danielle S., « Hospitalisation sans consentement »*, Rec. Décisions du Conseil constitutionnel, Paris, Dalloz, pp. 343-352 ; Décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre, « Hospitalisation d'office »*, Rec. Décisions du Conseil constitutionnel, Paris, Dalloz, pp. 272-276 ; Décision n° 2011 – 174 QPC du 6 octobre 2011, *Mme Oriette P., « Hospitalisation d'office en cas de péril imminent »*, Rec. Décisions du Conseil constitutionnel, Paris, Dalloz, pp. 484-487 ; Décision n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, *M. Jean-Louis C., « Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables »*, Rec. Décisions du Conseil constitutionnel, Paris, Dalloz, pp. 516-518 ; Décision 2012-235 QPC 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie. « Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement »*, Journal officiel du 21 avril 2012, p. 7194. Voir également G. LEFRAND, Rapporteur de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, compte rendu n° 52, séance du 21 juin 2011, p. 3. Cité par C. Castaing, Pouvoir administratif versus pouvoir médical ? (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), AJDA, 31 octobre 2011, p. 2055.

76 - Voir en dernier lieu, CourEDH, *Aff. Delbec c/ France*, req. n° 43125/98, arrêt du 18 juin 2002 ; CourEDH, *Aff. D.M c/ France*, req. n° 41376/ 98, arrêt du 27 juin 2002 ; CourEDH, *Aff. Mathieu c/ France*, req. n° 68673/01, arrêt du 27 octobre 2005 ; CourEDH, *Affaire Baudoin c/ France*, Req. n° 35935/03, arrêt du 18 février 2011 ; CourEDH, *Affaire Patoux c/ France*, req. n° 35079/06, arrêt du 14 avril 2011.

A. La condamnation du « choix administratif » pour la préservation de la liberté individuelle des aliénés internés

Pour rappel, par « choix administratif », il faut entendre et comprendre par cette option retenue par le législateur de 1838 de procéder à une protection préventive des libertés individuelles des aliénés en faisant de cantonner l'autorité administrative en la remplaçant, en tant que garante de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des aliénés, par la commission départementale de l'hospitalisation psychiatrique (CODHOPSY), devenue la Commission départementale des soins psychiatriques (CODESOPSY) depuis la loi du 5 juillet 2011.

Ce « choix administratif », qui s'opposait alors au « choix judiciaire », a entraîné un certain nombre de conséquences, notamment la majoration de l'équation préfectorale en matière de contrôle sur les établissements privés consacrés aux aliénés et sur les demandes de placements en asile psychiatrique formulées par des parents ou amis, donc sur les placements dits volontaires sur initiative privée. La minoration du rôle des juges en tant que garants naturels de la liberté individuelle et du droit à la sûreté est l'autre résultante de ce « choix administratif ».

Le retour du juge en cette matière n'a pu se faire qu'au détriment de l'autorité administrative en général et de l'autorité préfectorale en particulier qui perdaient ainsi leur sorte d'immunité. Puis il est revenu au législateur, encouragé en ce sens par les juges, de cantonner l'autorité administrative en la remplaçant, en tant que garante de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des aliénés, par la commission départementale de l'hospitalisation psychiatrique (CODHOPSY), devenue la Commission départementale des soins psychiatriques (CODESOPSY) depuis la loi du 5 juillet 2011.

1) La soumission du « choix administratif » au contrôle juridictionnel

Pour prendre la mesure de ce changement de dimension, il faut se souvenir qu'en raison de ce « choix administratif », le Conseil d'Etat, qui, pour rappel, n'est devenu le juge suprême de l'ordre administratif qu'à partir de l'arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits en 1873, a, dans sa décision déjà citée du 20 décembre 1855, *Commune d'Issoudun*, motivé que la décision préfectorale d'ordonner le placement d'office des aliénés est « un acte de police administrative qui n'est pas susceptible d'aucune appréciation par la voie contentieuse »[77]. Dans son autre décision du 16 décembre 1881, *Département de la Sarthe*, il s'est déclaré « incompétent pour connaître du contentieux relatif à la décision d'hospitalisation forcée »[78]. La Haute juridiction administrative n'était cependant pas la seule à conférer cette sorte d'immunité juridictionnelle aux autorités administratives en général et au Préfet en particulier en cette matière. Dans le même sens, la chambre criminelle de la Cour de cassation a,

77 - *Rec. Lebon*, p. 759 ; *Sirey*, 1856, p. 439. Cité par J.-P. Machelon, La loi de 1838 sur les aliénés. La résistance au changement, R.D.P, 1984, pp. 1010.

78 - Rec. Lebon, p. 980.

dans un arrêt du 18 février 1842, décidé que l'article 341 du code pénal réprimant le crime de séquestration arbitraire était inapplicable au fait d'internement illicite sous prétexte d'aliénation mentale, renvoyant aux dispositions pénales de la loi de 1838[79]. Pour expliquer cette position du juge judiciaire, Alain Prothais note que « dans le dispositif légal, la mise en jeu de la responsabilité pénale n'apparaît que comme l'ultime éventualité. En effet, la loi de 1838 s'efforce de multiplier les précautions, garanties et contrôles, de fond comme de forme, en début, en cours ou en fin de placement, dans un but préventif et protecteur des libertés individuelles, afin d'éviter les internements arbitraires »[80].
L'épreuve du temps et différentes affaires médiatiques ayant défrayé la chronique[81] ont fini par avoir raison du « choix administratif », subséquemment de « la protection préventive des libertés individuelles des aliénés internés organisée par la loi de 1838 ». Ce qui a permis aux juges administratif et judiciaire de s'engouffrer dans la brèche en revenant, ou à tout le moins, en nuançant leurs positions et donc en soumettant désormais à leur contrôle les différentes décisions ou non décisions des autorités administratives (Préfet, maires, directeurs ou préposés responsables d'établissements, les médecins de ces établissements) ayant compétence pour procéder aux placements d'office ou volontaires des aliénés.La domestication remarquée du « choix administratif » au contrôle juridictionnel n'en est que plus méritoire et dénote de l'abaissement de la légitimité de l'autorité administrative en général et du Préfet en particulier et du rehaussement de la légitimité de l'autorité juridictionnelle.
Aussi, le fait par exemple que le juge administratif n'a pendant longtemps effectué qu' « un contrôle de la régularité formelle de l'arrêté d'hospitalisation d'office »[82], « le juge se bornant à vérifier le respect de la procédure et la compétence de l'auteur de l'acte »[83] ou a laissé prospérer « la motivation par référence »[84] des décisions d'hospitalisation d'office[85] ou encore a considéré que le non-respect du délai d'information du procureur de la

79 - Crim., 18 février 1842, S., 1842. 1. 955. Cité par A. Prothais, La loi du 30 juin 1838 à l'aune du droit pénal, D., 1990, Chron., p. 51.

80 - A. Prothais, La loi du 30 juin 1838 à l'aune du droit pénal*, D.,* 1990, Chron., p. 51.

81 - L'on pense notamment à cette affaire qui fit grand bruit, l'affaire Sandon, avocat républicain de Limoges, en procès avec Billaut, président du corps législatif, qui fut interné à Charenton pendant dix-sept mois pour « manie raisonnante ». Cité par J.-P. Machelon, La loi de 1838 sur les aliénés. La résistance au changement, R.D.P, 1984, pp. 1041.

82 - Voir par exemple, C.E, 16 novembre 1984, *Mme Nguyen Ten*, Rec. Lebon, p. 737 ; D., 1986, IR, 252, note Moderne et BON. Cité par X. Vandendriessche, Le droit des hospitalisations psychiatriques. Derniers développements, R.D.S.S, 1992, pp. 1 et s.

83 - Voir par exemple, C.E, 21 février 1958, *Boulet*, AJDA, 1958, p. 401. Cité par X. Vandendriessche, Le droit des hospitalisations psychiatriques. Derniers développements, R.D.S.S, 1992, pp. 1 et s.

84 - « Cette motivation par référence consiste à permettre à l'autorité administrative, dans la mesure où elle est obligée de motiver ses actes, de ne pas faire figurer les motifs de sa décision dans l'acte lui-même, mais de lui laisser la possibilité de se référer à un autre document, émanant d'elle-même ou d'un tiers, qui expose les circonstances l'ayant amené à prendre sa décision ».Voir en ce sens, E.-A. Bernard, P. Bernardet, La motivation par référence des décisions d'hospitalisation d'office ou le juge aliéné par son fou, R.D.S.S, 1997, p. 487.

85 - Voir par exemple, C.E, 1er février 1952, *Cueno*, Rec. Lebon, p. 741 ; C.E, 10 juin 1959, *Dame Pujol*, Rec. Lebon, p. 355 ; C.E, 7 novembre 1969, *Trofimoff*, Rec. Lebon, p. 480. Voir plus globalement, E.-A. Bernard, P. Bernardet, La motivation par référence des décisions d'hospitalisation d'office ou le juge aliéné par son fou, R.D.S.S, 1997, p. 487.

République n'entache pas d'irrégularité l'arrêté préfectoral[86] ne change rien à cette donnée fondamentale qu'il est désormais compétent pour connaître du contentieux relatif à la décision d'hospitalisation forcée qu'il faisait échapper jusque-là à son contrôle. Les revirements jurisprudentiels intervenus ou appelés à intervenir sur ces questions témoignent précisément de l'existence et de l'effectivité du contrôle juridictionnel du « choix administratif » en matière de sauvegarde de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des aliénés internés[87].

Sans rechercher l'exhaustivité, il est revenu à la Haute juridiction administrative[88] et à la Cour suprême de l'ordre judiciaire[89], aussi, de désacraliser l'autorité administrative en général et l'autorité préfectorale en particulier en tant que garantes de la liberté individuelle des aliénés internés en interrogeant aussi bien le bien fondé de la mesure d'hospitalisation d'office[90] que la régularité formelle de l'arrêté d'hospitalisation d'office[91], la décision[92] ou le refus de décision[93] voire même le retard

86 - Voir par exemple, C.E, 18 mars 1970, *Bila*, AJDA, 1971, p. 57.

87 - Voir en ce sens, E.-A. Bernard, P. Bernardet, La motivation par référence des décisions d'hospitalisation d'office ou le juge aliéné par son fou, R.D.S.S, 1997, p. 487 ; L. Dubouis, La loi du 27 juin 1990 assure t-elle une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux conforme au droit européen ?, *Mélanges Auby*, 1992. 727 ; A. Prothais, La loi du 30 juin 1838 à l'aune du droit pénal, *D.,* 1990, Chron., p. 51.

88 - Cette désacralisation juridictionnelle de l'autorité administrative a aussi poussé le juge administratif à juger que « le refus d'internement pouvait être constitutif d'une faute lourde s'il a concerné un individu dangereux qui a causé ensuite des dommages » (Voir par exemple, C.E, Ass., 23 janvier 1931, *Dame et Demoiselle Garcin c/ Ministre de l'Intérieur*, Rec. Lebon, p. 91, *D.* 1931. 3. 17, concl. Latournerie ; *D.P*, 1931. 3. 17) ou qu' « en tardant pendant 20 jours, postérieurement à l'arrêté du maire prononçant un internement d'urgence, à se prononcer sur le cas de la personne intéressée qui, du fait de la décision prise par le maire, se trouvait internée dans l'attente de la décision préfectorale, le préfet, à qui l'article L. 344 du code de la santé publique imposait de statuer sans délai, a commis une faute lourde » (Voir par exemple, C.E, SSR, 22 décembre 1982, *Bissery*, req. n° 26557, Rec. Lebon, p. 438) ou encore qu' « un individu hospitalisé en placement d'office qui a pu sortir librement de l'établissement et a incendié un atelier, engage la responsabilité de l'établissement pour faute de service dès lors qu'aucune faute lourde ne peut être mise à la charge de l'Etat, l'hôpital n'ayant pas fait valoir la nécessité de placer l'intéressé dans un établissement de sûreté » (C.E, 20 janvier 1989, *Hôpitaux civils de Thiers c/ Mlle Pinay*, req. n° 67.978. Cité par X. Vandendriessche, Le droit des hospitalisations psychiatriques. Derniers développements, R.D.S.S, 1992, pp. 1 et s.).

89 - Devant le juge judiciaire, notamment dans le contentieux de responsabilité civile en matière d'internement, « on rencontre des séquestrations arbitraires caractérisées, comme dans le cas de cet individu qui avait réussi à faire interner sa tante pour ne pas avoir à rembourser sa dette (Caen, 16 janvier 1901, *D.*, 1904. 2. 370) ou dans celui de cette dame, nièce du préfet Poubelle, « désireuse de se débarrasser de son mari » (Dijon, 15 juillet 1942, *Gaz. Pal.*, 1942. 2. 173) ». Toujours devant le juge judiciaire, dans le contentieux cette fois-ci de responsabilité pénale, le juge s'est mis à mobiliser les ressources de la loi de 1838, notamment les incriminations prévues à l'article L. 354 punissant la rétention sans titre ou rétention de « sortants » d'établissements d'aliénés commise par les « chefs, directeurs ou préposés responsables » de ces établissements, c'est-à-dire dès que la sortie est juridiquement possible (sur ordre du préfet, du juge, déclaration médicale de guérison ou réclamation de la famille...). Des tribunaux correctionnels de Nantes (Trib. Corr. Nantes, 2 janvier 1929, *Gaz. Pal.*, 1929. 1. 454 ; 12 décembre 1938, Gaz. Pal., 1939. 1. 346) ont ainsi condamné l'exploitation de maison de santé privée sans autorisation ». Cité par A. Prothais, « La loi du 30 juin 1838 à l'aune du droit pénal », D., 1990, Chron., p. 51.

90 - Voir par exemple, Civ., 2e, 28 avril 1965, Bull. civ., II, n° 368 et 12 mai 1975, Bull. civ., II, n° 141 ; Civ., 1re, 31 mars 1987, pourvoi n° 85-80.604 ; Civ., 1re, 6 juillet 1988, pourvoi n° 86-18.971 ; Crim., 4 janvier 1990, pourvoi n° 88-84.351. Citées par X. Vandendriessche, Le droit des hospitalisations psychiatriques. Derniers développements, R.D.S.S, 1992, pp. 1 et s.

91 - Voir par exemple, C.E, 16 novembre 1984, *Mme Nguyen Ten*, Rec. Lebon, p. 737 ; D., 1986, IR, 252, note Moderne et BON. Cité par X. Vandendriessche, Le droit des hospitalisations psychiatriques. Derniers développements, R.D.S.S, 1992, pp. 1 et s.

92 - Voir par exemple, C.E, 13 janvier 1971, *Sieur Planchon*, Rec. Lebon, p. 37.

93 - Voir par exemple, C.E, Ass., 23 janvier 1931, *Dame et Demoiselle Garcin c/ Ministre de l'Intérieur*, Rec. Lebon, p. 91, D. 1931. 3. 17, concl. Latournie ; D.P, 1931. 3. 17.

dans la prise de décision[94] préfectorale de placement en hôpital psychiatrique ; en soumettant à la discussion les décisions d'admission ou de sortie dans leurs établissements prises par les responsables des établissements publics ou privés consacrés aux aliénés[95] ; en exigeant l'effectivité du contrôle préfectoral des établissements privés consacrés aux aliénés[96] d'une part et du placement volontaire[97] d'autre part.
Devant cette déferlante juridictionnelle, il est revenu au Tribunal des conflits d'entériner ce contrôle par les juges du « choix administratif » en se prononçant sur la répartition des compétences en cette matière entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire. C'est ce qu'il a fait dans son arrêt du 6 avril 1946, *Sieur Machinot c/ Préfet de police*, par lequel il motive que « s'il appartient à la juridiction administrative de connaître de la régularité de la décision administrative par laquelle l'autorité préfectorale ordonne un internement dans un établissement d'aliénés, l'autorité judiciaire est seule compétente (...) pour apprécier la nécessité de cette mesure et les conséquences qui peuvent en résulter »[98].
C'est dans ce contexte de cantonnement puis de soumission du « choix administratif » au contrôle juridictionnel qu'est née la commission départementale des hospitalisations psychiatriques (CODHOPSY).

2) La mission de la CODHOPSY[99] en matière de préservation de la liberté individuelle des aliénés internés

Le texte de l'article L. 332-3 de la loi du 27 juin 1990[100] est on ne peut plus clair :

« Il est institué dans chaque département une commission départementale des hospitalisations psychiatriques chargée d'examiner la situation des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes.
Cette commission se compose[101] :

---

94 - C.E, SSR, 22 décembre 1982, *Bissery*, req. n° 26557, Rec. Lebon, p. 438 ; C.E, 10 février 1984, *Mme Dufour*, AJDA, 1984, p. 403.

95 - C.E, 20 janvier 1989, *Hôpitaux civils de Thiers c/ Mlle Pinay*, req. n° 67.978. Cité par X. Vandendriessche, Le droit des hospitalisations psychiatriques. Derniers développements, R.D.S.S, 1992, pp. 1 et s.

96 - Voir par exemple, C.E, 17 juin 1991, *Mlle Marlouiset et CHS d'Yzeure*, req. n° 101.792 et 102.446.

97 - Voir par exemple, C.E, 21 juillet 1911, *Dame veuve Fervel et fils Fervel*, Rec., p. 844.

98 - T.C, 6 avril 1946, *Sieur Machinot c/ Préfet de police,* Rec. Lebon, p. 326.

99 - - Depuis la loi du 5 juillet 2011, l'appellation de cette commission a changé. Il s'agit maintenant de la commission départementale des soins psychiatriques (CODESOPSY) et non plus de la commission départementale des hospitalisations psychiatriques (CODHOPSY).

100 - Ce texte a été remplacé par l'article L. 3222-5 du code de la santé publique, issu de l'article 8-9° de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, entrée en vigueur le 1er août 2011. Cet article dispose que « sans préjudice des dispositions de l'article L. 3222-4, dans chaque département une commission départementale des soins psychiatriques est chargée d'examiner la situation des personnes admises en soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du présent livre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes ».

101 - Depuis la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (art. 19-II), la CODHOPSY est composée de six membres : Deux représentants d'associations agréées respectivement de personnes malades et de familles de personnes atteintes de troubles mentaux, désignés par le représentant de l'Etat dans le département ; Trois médecins, dont deux psychiatres, l'un désigné par le procureur général près la Cour d'appel, l'autre par le représentant de l'Etat dans le département et un médecin généraliste désigné par le représentant de l'Etat dans le département et Un magistrat désigné par le premier président de la Cour d'appel. Le mandat des membres est de trois ans.

1° d'un psychiatre désigné par le procureur général près la cour d'appel ; 2° d'un magistrat désigné par le premier président de la cour d'appel ; 3° de deux personnalités qualifiées désignées l'une par le préfet, l'autre par le président du conseil général, dont un psychiatre et un représentant d'une organisation représentative des familles de personnes atteintes de troubles mentaux. »

La CODHOPSY, ou désormais la CODESOPSY, est donc venue mettre fin à « la seule critique pertinente qu'on pouvait adresser au système qui tenait plutôt à l'absence, parmi les garants de la liberté individuelle d'un organe de contrôle spécialisée dans les hospitalisations psychiatriques »[102].

Cette critique était d'autant plus justifiée que l'idée de la création de cette commission n'était pas nouvelle. En effet, « Eugène Sue l'avait exprimée dès avant 1838. En 1872, une proposition par la suite reprise par Clemenceau préconisait la création d'une commission permanente de surveillance. En 1976, le comité animé par Robert Badinter voulait placer les hôpitaux psychiatriques sous le contrôle de commissions spéciales composées de médecins, de juristes et d'élus locaux effectuant des inspections constantes de l'état des malades. Plus récemment, le docteur Zambrowski recommandait la mise en place de commissions médico-judiciaires conçues comme des structures légères de contrôle »[103]. Mais comme cela a déjà été noté, la vérité de 1838 était que « l'autorité administrative n'est plus aujourd'hui suspecte d'arbitraire et on la reconnaît responsable et protectrice, elle est elle-même une garantie »[104] de la liberté individuelle des aliénés internés.

La mission de la CODHOSPSY ou CODESOPSY[105] en matière de protection préventive de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des aliénés internés était d'autant plus fondée qu'elle pouvait s'autoriser de l'onction de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'était déjà

---

102 - G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 8e éd., Sirey Université, Paris, 2009, p. 394.

103 - M. Debene, La modernisation de la loi de 1838 sur les aliénés. Commentaire de la 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, A.J.D.A du 20 décembre 1990, p. 878.

104 - Voir *supra*, p. 6.

105 - Il résulte de l'article L. 3223-1, issue de l'art. 8-11° de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, que la commission prévue à l'article L. 3222-5, à savoir donc la CODESOPSY :
« 1° Est informée, dans les conditions prévues aux chapitres II et III du titre Ier du présent livre, de toute décision d'admission en soins psychiatriques, de tout renouvellement de cette décision et de toute décision mettant fin à ces soins ;
« 2° Reçoit les réclamations des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du présent livre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale ou celles de leur conseil et examine leur situation ;
« 3° Examine, en tant que de besoin, la situation des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du présent livre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale et, obligatoirement, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat : « a) Celle de toutes les personnes dont l'admission a été prononcée en application du 2° du II de l'article L. 3212-1 ; « b) Celle de toutes les personnes dont les soins se prolongent au-delà d'une durée d'un an ;
« 4° Saisit, en tant que de besoin, le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de

prononcée, notamment sur les commissions de contrôle psychiatrique britanniques.

En effet, dans son arrêt *X c/ Royaume-Uni* du 5 novembre 1981, elle indiquait en ce sens que

« Rien n'empêche de considérer pareil organe spécialisé comme un « tribunal » au sens de l'article 5 par. 4 s'il jouit de l'indépendance voulue et si sa procédure s'entoure de garanties suffisantes, adaptées à la nature de la privation de liberté en question » (§61).

Et à la cour de préciser que *« par tribunal, l'article 5 par. 4 n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays. Tel que l'emploie la Convention dans plusieurs de ses clauses dont l'article 5 par. 4, Ce mot sert à désigner des « organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties (...), mais encore les garanties », adaptées à la nature de la privation de liberté dont il s'agit », « d'une procédure judiciaire » dont les modalités peuvent varier d'un domaine à l'autre »* (§53).

Et si la cour a considéré que les commissions de contrôle psychiatrique britanniques ne constituaient pas un tribunal au sens de la convention, c'est parce qu' *« il leur manque la compétence de statuer « sur la légalité de la détention » et pour ordonner l'élargissement si cette dernière apparaît illégales : elles ne possèdent que des attributions consultatives »*.

S'il ne fait ainsi pas de doute que « grâce à ces multiples prérogatives, la CODHOPSY mérite d'être considérée, plus que tout autre organe, comme le principal défenseur des aliénés »[106], il est tout aussi certain

---

police, ou le procureur de la République de la situation des personnes qui font l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du présent livre ou de l'art. 706-135 du code de procédure pénale ;

« 5° Visite les établissements mentionnés à l'article L. 3222-1, vérifie les informations figurant sur le registre prévu à l'article L. 3212-11 et au IV de l'article L. 3213-1 et s'assure que toutes les mentions prescrites par la loi y sont portées ;

« 6° Adresse, chaque année, son rapport d'activité, dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'Etat, au juge des libertés et de la détention compétent dans son ressort, au représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, au préfet de police, au directeur général de l'agence régionale de santé, au procureur de la République et au Contrôleur général des lieux de privation de liberté ;

« 7° Peut proposer au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situe l'établissement d'accueil d'une personne admise en soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du présent livre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale d'ordonner, dans les conditions définies à l'article L. 3211-12 du présent code, la levée de la mesure de soins psychiatriques dont cette personne fait l'objet ;

« 8° Statue sur les modalités d'accès aux informations mentionnées à l'article L. 1111-7 de toute personne admise en soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du présent livre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale.

« Les personnels des établissements de santé sont tenus de répondre à toutes les demandes d'information formulées par la commission. Les médecins membres de la commission ont accès à toutes les données médicales relatives aux personnes dont la situation est examinée. »

106 - G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 392.

que cette commission[107] n'a, selon le conseil constitutionnel, qu' « un caractère administratif ; qu'au demeurant elle n'autorise pas le maintien de l'hospitalisation et n'examine obligatoirement que la situation des personnes dont l'hospitalisation se prolonge au-delà de trois mois »[108].

Qu'en tout état de cause, seul « le choix judiciaire » permet véritablement de préserver la liberté individuelle des aliénés internés.

B. La recommandation du « choix judiciaire » pour la préservation de la liberté individuelle des aliénés internés

La Cour européenne des droits de l'homme avait, dès après l'arrêt *Winterwerp c/ Pays-Bas* du 24 octobre 1979, planté le décor en indiquant très explicitement que le contrôle juridictionnel de la légalité de l'hospitalisation sans consentement constitue la clé de voute de la protection de la liberté du malade. Il s'impose même si la décision d'hospitalisation a été prise par un juge[109].

A partir de la loi du 27 juin 1990 et plus encore dans celle du 5 juillet 2011, le législateur français a pris la mesure de cette recommandation en instituant un contrôle systématique du juge sur les mesures d'hospitalisation sans consentement. Pour ne prendre que l'exemple de la dernière loi citée du 5 juillet 2011, en même temps qu'elle instaure

---

107 - Il faut cependant ajouter que depuis la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté (*J.O.R.F* n° 253 du 31 octobre 2007, p. 17891), la CODHOPSY ou CODESPSY n'est plus la seule autorité missionnée pour protéger préventivement les libertés individuelles des aliénés internés. En effet, cette loi a créé une nouvelle autorité administrative indépendante, à savoir le contrôleur général des lieux de privation de liberté, chargée, sans préjudice des prérogatives que la loi attribue aux autorités judiciaires ou juridictionnelles, de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux. S'il est surtout connu pour son contrôle des établissements pénitentiaires, il est également compétent « pour visiter à tout moment, sur le territoire de la République, tout établissement de santé habilité à recevoir des patients hospitalisés sans leur consentement visé à l'article L. 3222-1 du code de la santé publique ». Le contrôleur général des lieux de privation de liberté est donc chargé de s'assurer que les droits fondamentaux des personnes privées de liberté sont respectés et de contrôler les conditions de leur prise en charge. S'il ne peut être saisi que par différentes autorités dûment énumérées, toute personne physique - notamment les personnes hospitalisées sans leur consentement et leurs proches -, ainsi que toute personne morale s'étant donné pour objet le respect des droits fondamentaux, peuvent toutefois porter à sa connaissance des faits ou situations susceptibles de relever de sa compétence. Il peut aussi intervenir de sa propre initiative. S'agissant plus précisément de l'hospitalisation sans consentement, le décret du 12 mars 2008 pris pour l'application de la loi prévoit la communication au contrôleur général de tout document justifiant la décision d'hospitalisation sans consentement, y compris des certificats médicaux prévus par la loi. Il faut sans doute ajouter que « si le contrôleur général a connaissance de faits laissant présumer l'existence d'une infraction pénale, il les porte sans délai à la connaissance du procureur de la République, conformément à l'article 40 du code de procédure pénale. Il porte aussi sans délai à la connaissance des autorités ou des personnes investies du pouvoir disciplinaires les faits de nature à entraîner des poursuites disciplinaires ».

108 - Voir cons. 24 de la Décision n° 2010 – 71 QPC du 26 novembre 2010, *Mademoiselle Danielle S., « Hospitalisation sans consentement »*, *Rec. Décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, pp. 343-352.

109 - Voir notamment CourEDH, *Aff. X. c/ Royaume-Uni*, req. n° 7215/ 75, arrêt du 5 novembre 1981. Au §54 de cette décision, la Cour explicite qu' *« (...) on méconnaîtrait le but et l'objet de l'article 5 (art.5) (...) si l'on interprétait le paragraphe 4 (art. 5 – 4) (...) comme exemptant en l'occurrence la détention de tout contrôle ultérieur de légalité pour peu qu'un tribunal ait pris la décision initiale. Par nature, la privation de liberté dont il s'agit paraît appeler la possibilité de semblable contrôle, à exercer à des intervalles raisonnables. »*

désormais une obligation de soins sans consentement, destinée à contraindre des malades à suivre un traitement sous forme de consultations ambulatoires sans avoir recours à l'hôpital – il s'agissait-là de l'objectif politique affiché par ses promoteurs -, elle organise aussi une saisine obligatoire du juge, en cas d'hospitalisation sans consentement, au plus tard quinze jours après l'admission – il s'agit cette fois-ci d'un impératif juridictionnel imposé au législateur par les différents juges internationaux et nationaux ayant eu à connaître de cette matière -. Il résulte au demeurant de cette dernière loi et surtout de l'évolution de la matière de l'hospitalisation sans consentement une perte de confiance à l'égard aussi bien de l'autorité administrative que de l'autorité médicale au profit de l'autorité judiciaire[110], conforme aux termes aussi bien des dispositions de l'article 66 de la constitution de 1958 que plus généralement de qu'il est convenu de nommer ici « l'option judiciaire ».

Il est également revenu aux juges en général et au Conseil constitutionnel en particulier, sous l'influence notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de « judiciariser » les conditions de l'hospitalisation sans consentement, de sorte qu'il est désormais acquis qu'« il est interdit d'interner... sans contrôle judiciaire »[111] ou que l'on assiste à une « judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte »[112].

La mise en place du « choix judiciaire », c'est-à-dire la préservation non plus essentiellement préventive mais principiellement répressive de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des aliénés internés, s'est ainsi traduite par une nette répartition des compétences entre les autorités ou les personnes qui décident d'un placement et celles qui le contrôlent et par une réservation de la compétence du juge judiciaire en tant que gardienne de la liberté individuelle des aliénés internés.

1) La répartition des compétences entre les autorités ou les personnes qui décident d'un placement et celles qui le contrôlent

Comme aime à l'expliquer le conseil constitutionnel français qui l'a érigé en règle de son traitement jurisprudentiel de cette matière,

« 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 entra-

110 - Voir par exemple, C. Castaing, Pouvoir administratif versus pouvoir médical ? (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), A.J.D.A, 31 octobre 2011, p. 2055.

111 - Voir N. Albert, Il est interdit d'interner... sans contrôle judiciaire. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, J.C.P, éd. A, n° 49, 6 décembre 2010, p. 897.

112 - Voir X. Bioy, La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte. Note sous Conseil constitutionnel, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC, A.J.D.A, 2011, p. 174 ; X. Bioy, Le régime de l'hospitalisation sur demande d'un tiers, Constitutions, 2011, p. 108.

vée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »[113].

Ou pour le dire autrement, et pour reprendre les mots du même conseil constitutionnel, en cette matière, « les motifs médicaux (ou l'état de santé) – à savoir « des troubles nécessitant des soins et compromettant la sûreté des personnes ou portant atteinte, de façon grave, à l'ordre public » - et les finalités thérapeutiques (ou la mise en œuvre du traitement) » qui fondent la mesure d'hospitalisation sans consentement peuvent justifier « la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté au regard des exigences constitutionnelles qui assurent la protection de la liberté individuelle »[114].

Cette règle jurisprudentielle étant posée, et pour que la protection de la liberté individuelle soit toujours garantie dans le cadre de la prise de la mesure de l'hospitalisation sans consentement, mesure privative de liberté par nature donc, le législateur, aidé en cela par les juges européen et constitutionnel, a décidé de répartir les compétences entre les autorités ou personnes selon qu'elles décident du placement ou du contrôle desdites mesures en distinguant les types de placement en hospitalisation sans consentement en fonction de l'intensité de son atteinte à la liberté individuelle des aliénés internés.

En ce qui concerne donc la distinction entre les types de placements ou d' « admission en soins psychiatriques », il convient de partir de la loi du 27 juin 1990, complétée par la loi du 4 mars 2002 puis corrigée par celle du 5 juillet 2011, qui distingue quatre types d'hospitalisation ou d' « admission en soins psychiatriques » pour les personnes qui présentent des troubles mentaux.

Il y a d'abord, codifiée à l'article L. 3211-2 du code de la santé publique, l'hospitalisation libre ou « admission en soins psychiatriques libres » qui est consentie par la personne elle-même et dont le consentement doit

113 - Voir notamment cons. 16 de la décision n° 2010 – 71 QPC du 26 novembre 2010 ; cons. 7 de la décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 ; cons. 6 de la décision n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011 ; cons. 8 de la décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012.

114 - Voir par exemple cons. 7 de la décision n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011.

être clairement exprimé. Sa liberté individuelle et son droit à la sûreté dans le cadre de cette hospitalisation ne sont en rien remis en cause, dès l'instant où de surcroît la personne présentant des troubles mentaux peut à tout moment décider de mettre fin à son suivi en établissement spécialisé. En tout état de cause, l'article L. 3211-2 du code de la santé publique précise notamment que la personne faisant l'objet de soins psychiatriques avec son consentement pour troubles mentaux, donc 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. Le Conseil d'Etat a même décidé que « le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale »[115]. La question de la sauvegarde de sa liberté individuelle et de son droit à la sûreté ne réapparaît que lorsqu'elle se retrouve dans des unités fermées du fait de la fermeture des unités spécialisées des centres hospitaliers et surtout si son état de santé mental est jugé dangereux pour elle-même ou pour autrui par le service l'ayant accueilli, ce dernier étant en droit de le faire basculer en hospitalisation d'office qui peut être soit de droit commun, soit d'urgence.

Il y a ensuite l'hospitalisation d'office (HO) ou « admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat », qui peut être soit de droit commun, soit d'urgence. L'hospitalisation d'office dite de droit commun (HON) résulte de l'article L. 3213-1 du code de la santé publique aux termes duquel :

« Le représentant de l'Etat dans le département prononce par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié ne pouvant émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil, l'admission en soins psychiatriques 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. Les arrêtés préfectoraux sont motivés et énoncent avec précision les circonstances qui ont rendu l'admission en soins nécessaire » ;

L'hospitalisation d'office en urgence (HOU) résulte de l'article L. 3213-2 du code la santé publique. Elle est demandée par le maire dans les départements, ou par les commissaires de police à Paris à l'encontre d'une personne dont le comportement révèle notamment des troubles mentaux manifestes et présente un danger imminent pour la sûreté des personnes, attestée par un avis médical ou, à défaut, par la notoriété publique.

Pour sauvegarder la liberté individuelle et le droit à la sûreté des hospitalisés d'office, le Conseil constitutionnel, suivi en ce sens par le législateur de 2011, est intervenu pour décider deux choses : d'une part,

115 - C.E, référé, 16, août 2002, req. n° 249552, *Mme F. et Mme F., épouse G.*

reprenant à son compte les principes du contrôle préventif, il a posé que l'hospitalisation d'office doit, d'abord, être « prononcée par le préfet, ou à Paris, le préfet de police, au vu d'un certificat médical circonstancié qui ne peut émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement accueillant le malade, et que l'arrêté préfectoral est motivé et énonce avec précision les circonstances qui ont rendu l'hospitalisation nécessaire » ; ensuite, elle doit être « adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public » ; enfin, « dans les vingt-quatre heures suivant l'admission, un certificat médical établi par un psychiatre de l'établissement est transmis au représentant de l'Etat dans le département et à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques » ; que « dans l'hypothèse où ce certificat médical ne confirme pas que l'intéressé doit faire l'objet de soins en hospitalisation, un réexamen à bref délai de la situation de la personne hospitalisée permettant d'assurer que son hospitalisation est nécessaire est seul de nature à permettre le maintien de la mesure ». D'autre part, appliquant dans ce domaine-ci sa jurisprudence traditionnelle en matière de sauvegarde de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des personnes privées de liberté, il a indiqué que tout maintien en hospitalisation d'office doit faire intervenir l'autorité judiciaire[116], ici au bout de quinze jours. Le Conseil constitutionnel a précisé qu'une hospitalisation d'office ne peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire sans méconnaître les exigences de l'article 66 de la constitution.

Il y a encore l'hospitalisation des détenus-malades mentaux ou « admission en soins psychiatriques des personnes détenues atteintes de troubles mentaux ». Elle est codifiée aux articles L. 3214-1 et suivants du code de la santé publique. Cette codification résulte, du point de vue de la défense de la liberté individuelle et du droit à la sûreté de ces personnes, de ce que les précautions prises pour les hospitalisations d'office des personnes détenues conduisaient dans la quasi totalité des cas à installer ces dernières systématiquement dans les chambres d'isolement au-delà du temps admis pour le droit commun des admissions, alors même qu'aucune nécessité médicale ne le requiert. Désormais, il ressort notamment de l'article L. 3214-2 du code de la santé publique que sous réserve des restrictions rendues nécessaires par leur qualité de détenu ou, s'agissant des personnes faisant l'objet de soins en application de l'article L. 3214-3, par leur état de santé, les restrictions à l'exercice des libertés individuelles des détenus hospitalisés en raison de leurs troubles mentaux doivent être « adaptés, nécessaires et proportionnées à leur état mental et à la mise en œuvre du traitement requis ».

116 - Voir en ce sens N. Albert, Il est interdit d'interner... sans contrôle judiciaire. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, J.C.P, éd. A, n° 49, 6 décembre 2010, p. 897.

Il y a enfin l'hospitalisation à la demande d'un tiers (HDT) ou « admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent » qui est prévue à l'article L. 3212-1 I du code de la santé publique et qui permet notamment de soumettre une personne à des soins psychiatriques lorsque ses troubles mentaux rendent impossible son consentement et que son état mental impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante. C'est dans ce contexte-ci que la question de la sauvegarde de la liberté individuelle et du droit à la sûreté se pose avec le plus d'acuité, tant l'application de ces dispositions a entraîné et entraîne des dérives quant aux droits des malades. Pour l'exemple, bien que cela soit prévu, l'on constatait qu'il y avait une mauvaise information des patients sur leurs droits, et notamment celui de contester la mesure de contrainte dont ils étaient l'objet. Le même constat ayant été fait pour leur droit de saisir un avocat. Il est d'abord revenu au conseil d'Etat, suivi en cela aussi bien par le conseil constitutionnel que par le législateur, de préciser la notion de « tiers »[117] demandant l'hospitalisation. « L'hospitalisation, sans consentement, d'une personne atteinte de troubles mentaux, *motive le conseil d'Etat,* ne peut être décidée sur demande d'un tiers que si celui-ci, à défaut de pouvoir faire état d'un lien de parenté avec le malade, est en mesure de justifier de l'existence de relations antérieures à la demande lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci ». Il est ensuite revenu au Conseil constitutionnel de circonscrire le champ de la mesure d' « admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent » en précisant notamment qu'elle ne peut être fondée que « sur l'existence de troubles mentaux » et plus précisément qu'elle ne peut s'appliquer qu'« aux personnes dont le comportement révèle des troubles mentaux manifestes », ce qui veut dire qu'elle peut être ordonnée après un simple avis médical, ce qui exclut en revanche qu'elle puisse être prononcée sur le fondement de la seule notoriété publique[118].

Cette distinction selon le type de placement ou d' « admission en soins psychiatriques » n'est en définitive que le paravent de ce qui constitue la vraie rupture avec la rationalité juridique à l'œuvre dans la loi de 1838, à savoir la répartition des compétences entre les autorités ou personnes qui décident d'un placement et celles qui le contrôlent. Là où le législateur de 1838 érigeait l'autorité administrative en général et l'autorité préfectorale en particulier en tant que garantes de la liberté individuelle des aliénés internés, les autorités ou personnes qui décident d'un placement en hospitalisation sans consentement et celles qui le contrôlent sont désormais bien réparties : s'il revient, soit à la personne

117 - Voir par exemple C.E, 3 décembre 2003, *CHS de Caen* ; C.E, 11 décembre 2009, *CH Montperrin*, req. n° 323484. « L'hospitalisation, sans consentement, d'une personne atteinte de troubles mentaux, *motive le conseil d'Etat,* ne peut être décidée sur demande d'un tiers que si celui-ci, à défaut de pouvoir faire état d'un lien de parenté avec le malade, est en mesure de justifier de l'existence de relations antérieures à la demande lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci ».

118 - Voir notamment cons. 9 et 10 de la décision n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011.

malade elle-même, soit à l'autorité préfectorale, soit au maire de la commune ou, à Paris, au commissaire de police, soit au directeur d'un établissement autorisé en psychiatrie, soit à un tiers, mais en aucun cas la notoriété publique donc, de solliciter « l'admission en soins psychiatrique », il n'appartient qu'à la CODESOPSY, au contrôleur général des lieux de privation de liberté et en dernier lieu à l'autorité judiciaire de contrôler l' « admission en soins psychiatriques ».

2) La réservation de la compétence du juge judiciaire en tant que gardienne de la liberté individuelle des aliénés internés

Pour prendre la mesure de cette réservation de compétence au profit de l'autorité judiciaire en tant que gardienne de la liberté individuelle et du droit à la sûreté des aliénés internés, il faut savoir qu'il existait jusqu'à très récemment une répartition des compétences en cette matière entre le juge administratif et le juge judiciaire. Cette répartition des compétences était le fruit de la jurisprudence du Tribunal des conflits qui, dans un arrêt du 17 février 1997, *Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris*, avait modifié l'ancienne répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions en confiant au seul juge civil l'ensemble du contentieux de la réparation, la juridiction administrative restant toutefois compétente pour apprécier la régularité des actes administratifs ordonnant l'internement. Il avait ainsi statué :

« (...) si l'autorité judiciaire est seule compétente (...) pour apprécier la nécessité d'une mesure de placement d'office en hôpital psychiatrique et les conséquences qui peuvent en résulter, il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative qui ordonne le placement ; (...) lorsque cette dernière s'est prononcée sur ce point, l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur les conséquences dommageables de l'ensemble des irrégularités entachant la mesure de placement d'office (...) »[119].

Ce qui explique sans doute la position du Conseil constitutionnel qui ne considère pas que l'article 66 de la Constitution selon lequel le juge judiciaire est gardien de la liberté individuelle exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle automatique de l'autorité judiciaire et imposerait donc que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté[120].

Pour le Conseil constitutionnel, l'intervention du juge judiciaire ne serait obligatoire qu'en cas de maintien en hospitalisation sans consen-

119 - JCP, éd. G, 1997-II-22885.

120 - Par exemple, décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.* (Hospitalisation sans consentement), cons. 20 et décision n° 2011-135/140 QPC du 09 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre* (Hospitalisation d'office), cons. 9.

tement. S'agissant notamment de l'hospitalisation à la demande d'un tiers, le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif applicable à ce type d'hospitalisation, en prenant toutefois soin de viser la généralité des hospitalisations sans consentement. Il motive que :

« La liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; [...] en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les dispositions [du code de la santé publique] méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution ».

Il reste que ce ne semble pas être la position de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, au § 108 de son arrêt *Baudoin c/ France* du 18 novembre 2011,

« La Cour relève, certes avec le Gouvernement, la complémentarité des recours existants pouvant permettre de contrôler l'ensemble des éléments de la légalité d'un acte, puis aboutir à la libération de la personne internée. Toutefois, dans la présente affaire, la Cour ne peut que constater que les actes successifs fondant la privation de liberté du requérant ont été annulés par les juges administratifs, sans que jamais l'intéressé n'obtienne une décision des tribunaux judiciaires mettant fin à la mesure d'hospitalisation. Dès lors, la Cour parvient à la conclusion que, dans les circonstances très particulières de l'espèce, l'articulation entre la compétence du juge judiciaire et celle du juge administratif quant aux voies de recours offertes n'a pas permis au requérant d'obtenir une décision d'un tribunal pouvant statuer « sur la légalité de sa détention et ordonner sa libération si la détention est illégale ».

Pour aboutir à cette constatation et donc à la préconisation de la réservation de la compétence du juge judiciaire en matière de sauvegarde de la liberté individuelle des aliénés internés,

« La Cour observe d'emblée que rien dans la présente affaire ne peut l'amener à s'écarter de la conclusion à laquelle elle était parvenue dans l'affaire Delbec. Elle relève en effet que les juges administratifs ont opposé à plusieurs reprises au requérant leur incompétence s'agissant d'ordonner sa sortie immédiate, alors même qu'ils venaient de constater l'illégalité de l'arrêté fondant l'internement de l'intéressé (voir, notamment, la motivation du jugement rendu le 21 octobre 2004 par le tribunal administratif de Bordeaux – paragraphe 20 ci-dessus – annulant l'arrêté préfectoral du 17 mai 2004).

La Cour remarque à cet égard que cette situation découle logiquement du partage de compétences opéré par le Tribunal des conflits dans son arrêt du 17 février 1997 (paragraphe 69 ci-dessus), selon lequel lorsque

la juridiction administrative s'est prononcée sur la régularité de l'arrêté d'internement, c'est l'autorité judiciaire qui est compétente pour statuer sur les conséquences dommageables de l'ensemble des irrégularités entachant la mesure d'hospitalisation d'office » (§ 105).

« Quant à la voie judiciaire ouverte aux personnes internées pour faire statuer sur leurs demandes de sortie immédiate, la Cour constate qu'en l'espèce le requérant a usé de cette possibilité. Elle relève que les juridictions judiciaires saisies se sont attachées à déterminer si l'hospitalisation d'office du requérant était justifiée par son état de santé, et n'ont abordé la question de la légalité externe des arrêtés d'hospitalisation que pour constater la compétence des juges administratifs en la matière. Ainsi, dans son arrêt du 8 juillet 2005, la cour d'appel de Bordeaux a annulé le jugement rendu précédemment par le juge des libertés et de la détention ordonnant la sortie immédiate du requérant au motif notamment que « l'appréciation du moyen tiré de l'irrégularité des arrêtés préfectoraux des 9 novembre 2004, 7 décembre 2004 (...) et 10 mars 2005 (...) n'est pas de la compétence du juge civil mais de celle du juge administratif » (paragraphe 40 ci-dessus). En conclusion, la cour d'appel a relevé qu'aucune voie de fait ne pouvait être retenue, et qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner la sortie immédiate du requérant » (§ 106).

La Cour ne peut qu'aboutir au constat selon lequel, en tout état de cause,

« Le requérant n'a disposé d'aucun recours effectif qui lui aurait permis d'obtenir une décision judiciaire constatant l'irrégularité de l'acte fondant son internement et mettant fin, par voie de conséquence, à sa privation de liberté irrégulière ».

Qu'en d'autres termes, il y a lieu d'unifier ce contentieux bien particulier.

Cette unification ne peut cependant se faire qu'au profit de l'autorité judiciaire en général[121] et du juge des libertés et de la détention en particulier dès l'instant où il résulte notamment de l'art. L. 3211-12.-I du code de la santé publique, dans sa version issue de la loi du 5 juillet 2011,

121 - Il résulte désormais de l'article L. 3216-1 du code la santé publique, dans sa version issue de la loi du 5 juillet 2011 que *« La régularité des décisions administratives prises en application des chapitres II à IV du présent titre ne peut être contestée que devant le juge judiciaire.*
« Le juge des libertés et de la détention connaît des contestations mentionnées au premier alinéa du présent article dans le cadre des instances introduites en application des articles L. 3211-12 et L. 3211-12-1. Dans ce cas, l'irrégularité affectant une décision administrative mentionnée au premier alinéa du présent article n'entraîne la mainlevée de la mesure que s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet.
« Lorsque le tribunal de grande instance statue sur les demandes en réparation des conséquences dommageables résultant pour l'intéressé des décisions administratives mentionnées au premier alinéa, il peut, à cette fin, connaître des irrégularités dont ces dernières seraient entachées. »

122 - Il résulte donc de l'article L. 3211-12-I du code la santé publique notamment que : *« I. - Le juge des libertés et de la détention dans le ressort duquel se situe l'établissement d'accueil peut être saisi, à tout moment, aux fins d'ordonner, à bref délai, la mainlevée immédiate d'une mesure de soins psychiatriques prononcée en application des chapitres II à IV du présent titre ou de l', quelle qu'en soit la forme.*

qu'il est l'autorité judiciaire compétente qui peut être saisie, à tout moment, aux fins d'ordonner, à bref délai, la mainlevée immédiate des décisions d'hospitalisation sans consentement[122].

Reste donc la question de la place du juge administratif dans ce dispositif de l'hospitalisation sans consentement...

« La saisine peut être formée par : « 1° La personne faisant l'objet des soins ; 2° Les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur si la personne est mineure ; 3° La personne chargée de sa protection si, majeure, elle a été placée en tutelle ou en curatelle ; 4° Son conjoint, son concubin, la personne avec laquelle elle est liée par un pacte civil de solidarité ; 5° La personne qui a formulé la demande de soins ; 6° Un parent ou une personne susceptible d'agir dans l'intérêt de la personne faisant l'objet des soins ; 7° Le procureur de la République.

« Le juge des libertés et de la détention peut également se saisir d'office, à tout moment. A cette fin, toute personne intéressée peut porter à sa connaissance les informations qu'elle estime utiles sur la situation d'une personne faisant l'objet d'une telle mesure.

« II. Le juge des libertés et de la détention ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis du collège mentionné à l'article L. 3211-9 du présent code : 1° Lorsque la personne fait l'objet d'une mesure de soins ordonnée en application des articles L. 3213-7 du présent code ou 706-135 du ou qu'elle fait l'objet de soins en application de l'article L. 3213-1 du présent code et qu'elle a déjà fait l'objet d'une mesure de soins ordonnée en application des articles L. 3213-7 du présent code ou 706-135 du ; 2° Lorsque la personne fait l'objet de soins en application de l'article L. 3213-1 du présent code et qu'elle fait ou a déjà fait l'objet, pendant une durée fixée par décret en Conseil d'Etat, d'une hospitalisation dans une unité pour malades difficiles mentionnée à l'article L. 3222-3.

« Dans les cas mentionnés aux 1° et 2° du présent II, le juge ne peut en outre décider la mainlevée de la mesure qu'après avoir recueilli deux expertises établies par les psychiatres inscrits sur les listes mentionnées à l'article L. 3213-5-1.

« Le juge fixe les délais dans lesquels l'avis du collège et les deux expertises prévus au présent II doivent être produits, dans une limite maximale fixée par décret en Conseil d'Etat. Passés ces délais, il statue immédiatement.

« Le présent II n'est pas applicable lorsque les mesures de soins mentionnées aux 1° et 2° ont pris fin depuis au moins dix ans.

« III. Le juge des libertés et de la détention ordonne, s'il y a lieu, la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète.

« IV. Lorsque le juge des libertés et de la détention n'a pas statué dans les délais mentionnés au I, la mainlevée est acquise à l'issue de chacun de ces délais.

« Si le juge des libertés et de la détention est saisi après l'expiration d'un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, il constate sans débat que la mainlevée de l'hospitalisation complète est acquise, à moins qu'il ne soit justifié de circonstances exceptionnelles à l'origine de la saisine tardive et que le débat puisse avoir lieu dans le respect des droits de la défense.

LES DROITS DES PERSONNES HOSPITALISEES POUR SOINS PSYCHIATRIQUES SANS LEUR CONSENTEMENT

Jacqueline Flauss-Diem
Professeur émérite de l'Université de Picardie Jules Verne
CEPRISCA - EA 3911

La loi du 5 juillet 2011 est relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques. Deux objectifs émergent de ce titre : protéger lesdites personnes et affirmer leurs droits. La loi de 2011 s'inscrit donc pleinement dans le courant favorable à une « valorisation des droits du patient »[1], l'année 2011 leur étant consacrée[2]. Ceci se traduit notamment par une modification de la terminologie légale : il n'y a plus que des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques[3]. Et pourtant, traiter des droits du patient hospitalisé sans consentement est une gageure dans la mesure où, en raison précisément de ce consentement originel absent, cette personne ne bénéficie apparemment pas de ce droit essentiel que les juridictions n'ont cessé de développer depuis la loi Kouchner de mars 2002, à savoir le droit d'émettre un consentement libre, éclairé par une information complète avant tout acte médical[4] ! On se doute que ces aspects d'information et de consentement préalables sont au cœur de notre sujet et la question sera de savoir s'ils doivent faire l'objet d'aménagements dans ce cadre particulier de la relation patient/professionnel de santé.

1 - M. Lopez, La loi relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques : genèse d'une réforme et incertitude, RGDM 2011, p.137.

2 - Voir www.2011-annee-droits-patients.sante.gouv.fr.

3 - Messieurs les députés Jardé et Préel ont souligné néanmoins l'aspect péjoratif de cette expression et suggéraient celle de « personnes recevant des soins psychiatriques », Ass. nationale, compte-rendu des débats du 11 mars 2011.

4 - Voir notamment Cass. 1ère civ . , 3 juin 2010 et CE, 10 octobre 2012, M. B.. Voir X. Barella, Le droit à l'information en matière médicale, AJDA, 2012, Etude p. 1991. *Ad.* Cass. 1ère civ, 12 juin 2012, D. 2012 1794 obs. Gallmeister et note A. Laude.

Par ailleurs, cette personne qui souffre de troubles psychiques est un être humain qui doit souvent être protégé dans ses relations avec les autres membres de la société afin d'éviter une dégradation de sa situation, notamment patrimoniale, si les troubles devaient durer. Au-delà de l'hospitalisation elle-même, la personne est reconnue comme vulnérable sur le plan juridique. Aussi les soins psychiatriques entraînent-ils fréquemment, sur le plan civil, la mise en place d'un régime de protection qui, sous le contrôle du juge des tutelles[5], permettra à un tiers de se substituer au patient ou de l'assister dans les actes de la vie courante. Tutelle, curatelle, voire sauvegarde de justice[6], et hospitalisation pour soins psychiatriques naviguent souvent de conserve, mais nous nous concentrerons sur les droits de ces personnes en tant que patients bénéficiant de soins médicaux.

Sous l'angle de personnes faisant l'objet de soins psychiatriques, par rapport aux droits des patients en général, ces personnes apparaissent comme pourvues par le législateur de droits spécifiques en tant que patients catégoriels[7]. En effet, dans le Livre Deuxième du Code de la santé publique consacré à la « Lutte contre les maladies mentales », si le chapitre premier traite des « Droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques » en général, l'article L.3211-1 scinde clairement deux catégories parmi ces personnes : celles qui doivent consentir à des soins « libres »[8] et celles qui entrent dans « les cas prévus par les chapitres II à IV du présent titre et ceux prévus à l'article 706-135 du code de procédure pénale », autrement dit, toutes les hypothèses où la personne n'a pas à consentir à son hospitalisation en vue de soins psychiatriques. Si la première catégorie de personnes se voit reconnaître les mêmes droits liés aux libertés individuelles que tout malade soigné pour une autre cause, la seconde catégorie ne bénéficie pas de cette assimilation au patient ordinaire[9]. Les personnes hospitalisées sans

5 - On rappellera que le juge des enfants possède une compétence spécifique pour les mineurs qu'il estime devoir placer dans un établissement sanitaire spécialisé dans une procédure d'assistance éducative. Voir art. 375-3 5° cciv. L'ancienne procédure d'hospitalisation d'office ne lui était pas applicable, voir Cass. 1ère civ., 29 mai 1996, Bul.civ. I, n° 226. Néanmoins, la décision du juges des enfants est prise après avis médical circonstancié d'un médecin extérieur à l'établissement et la durée ne peut excéder quinze jours, puis peut être renouvelée de mois en mois après avis conforme du psychiatre de l'établissement d'accueil, voir art. 375-9 cciv..

6 - La mise sous tutelle ou curatelle est une possibilité prévue à l'article L.3211-8 CSP si les conditions posées aux articles 425 ou 440 du code civil devaient être réunies . La sauvegarde de justice, quant à elle, est automatique dès lors qu'un médecin fait une déclaration favorable à l'ouverture d'une tutelle ou au parquet ou au représentant de l'Etat, voir les dispositions de l'article L.3211-6 CSP.

7 - Il faut préciser qu'au sein même de cette classe de patients, il y a « des catégories spécifiques de patients (détenus, irresponsables, difficiles) que les pouvoirs publics ont différencié des autres patients », E. Péchillon, Le nouveau cadre juridique des soins sous contrainte en psychiatrique : une réforme polémique, JCP A, 12 sept.2011, p.23 ; ad. La contribution de M. Benillouche dans le présent ouvrage. Certaines différences de traitement à leur égard ont été censurées par le Conseil constitutionnel (v. Déc. n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012) qui a reporté l'abrogation des articles L.3213-8 et L.3211-12 paragraphe II CSP au 1er octobre 2013.

8 - V. art L.3211-2 CSP.

9 - Sauf peut être en ce qui concerne les sorties de courte durée puisque, comme tout patient hospitalisé, pour quitter l'établissement, la personne doit avoir une autorisation préalable du directeur de l'établissement et un avis favorable du médecin qui la suit et être accompagnée, sortie qui ne peut toutefois excéder douze heures et nécessite un accompagnement tout du long, voir art. L.3211-11-1 CSP.

consentement sont soumises à un régime dérogatoire[10]. Les droits que le législateur leur concède figurent pour l'essentiel à l'article L.3211-3 CSP, dont les dispositions ont été jugées conformes à la Constitution, sous réserve que le juge judiciaire statue dans les plus brefs délais sur la sortie immédiate[11]. Cet article comporte en réalité deux volets. Alors que son alinéa premier énonce des principes généraux, des principes fondamentaux, que cadre la loi, son alinéa second avec ses différents « tiroirs » concerne bien, quant à lui, les droits subjectifs de la personne entrant dans cette catégorie de souffrants. Ces droits se déclinent tout d'abord comme des obligations mises à la charge du personnel de santé pour ensuite consacrer des prérogatives que le patient pourra faire valoir.

Section I – Une personne aux droits fondamentaux encadrés[12]

Même en proie à des troubles mentaux, cette personne malade est un être humain dont la dignité doit être respectée. On a pu regretter que le nécessaire respect de la dignité ne figurât point « au frontispice de la loi »[13], mais il est tout de même heureux que ce respect, dû « en toutes circonstances » selon l'article L.3211-3, soit rappelé pour les personnes hospitalisées sans leur consentement car, celles qui sont en hospitalisation libre, assimilées aux malades soignés pour d'autres causes, voient le respect de leur dignité énoncé à l'article L.1110-2 du code de la santé publique[14]. Le respect de sa dignité doit être reconnu à tout patient comme un droit intangible[15]. A cet égard, on se souvient que le rapport Strohl-Clemente[16] avait souhaité des structures adaptées et un confort hôtelier respectant la dignité des personnes. Il évoquait en particulier l'absence d'intimité des espaces réservés à la toilette des malades. Cette question triviale est importante au quotidien. A-t-elle obtenu des solutions concrètes satisfaisantes ? Evidemment l'existence de portes que le malade pourrait lui-même fermer pour s'isoler, si son état le permet, relève non seulement de la dignité mais également des libertés individuelles.
Les limites aux libertés, après les coups de semonce de la Cour européenne des droits de l'Homme[17], ne peuvent qu'être « adaptées, nécessaires et proportionnées à l'état mental du patient et à la mise en œuvre

10 - Ce régime dérogatoire peut être justifié selon S. Prieur non seulement par application du principe traditionnel *specialia generalibus derogant* mais également par référence à la règle de rigueur nécessaire, dégagée par le Conseil constitutionnel en particulier dans la question prioritaire de constitutionnalité du 26 novembre 2010, voir S. Prieur, L'encadrement juridique des soins psychiatriques sans consentement : réflexions sur une réforme controversée (loi n°2011-803 du 5 juillet 2011), RGDM 2011, p.197, sp. p.208/209.

11 - Voir Déc. n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010 considérant 39.

12 - Ceux-ci sont largement étudiés dans d'autres contributions à ce présent ouvrage. Voir notamment, J. Kissangoula...

13 - S. Prieur, L'encadrement juridique des soins psychiatriques..., précité, p.199.

14 - « La personne malade a droit au respect de sa dignité », art. L.1110-2 CSP. ; *ad.* X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public – Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, D. coll. Thèses, 2003.

15 - Voir B. Pitcho, *Les droits du patient,* LEH, coll. Thèses, 2004.

16 - Rapport du groupe national d'évaluation de la loi du 27 juin 1990, n° 97081, sept.1997, H. Strohl, présidente, M. Clemente, rapporteur général.

17 - Voir la contribution de J. Kissengoula au présent ouvrage.

du traitement » est venu préciser l'alinéa premier de l'article L.3211-3 CSP après le rappel de « cette vérité élémentaire » par le Conseil constitutionnel[18]. On reconnaît là les trois grandes règles qui doivent inspirer l'intervention du personnel de santé aussi bien lors de l'hospitalisation elle-même que lors du transport de la personne vers un établissement de santé. La première est la nécessité de l'intervention puisque la liberté individuelle est le principe, l'empiètement de tiers doit être justifié ; en l'occurrence elle le sera principalement par des motifs de sécurité tenant à la nécessité de dispenser des soins psychiatriques. La seconde est la proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objectif à atteindre, par exemple pas de contention si la sédation est suffisante, et la troisième est une déclinaison de la seconde dans la mesure où les moyens –ici pertinemment la forme du traitement des troubles psychiques- doivent correspondre à la pathologie du sujet et c'est d'ailleurs pourquoi, au fur et à mesure de l'évolution de l'état mental de la personne, le psychiatre qui la suit doit pouvoir modifier les soins.
Mais surtout, un objectif est assigné à tout le processus des soins psychiatriques : rechercher la réinsertion de la personne[19]. Le législateur vise ainsi la resocialisation de celui qui est dans ce régime exceptionnel pour en faire un malade ordinaire et, idéalement, un individu qui entretient des liens sociaux, d'où la promotion des soins ambulatoires comme modalité de soins[20] puisqu'elle offre la possibilité « de soigner le patient dans son lieu même de vie (domicile, centre médicopsychologique, foyer, maison de retraite...). »[21]. Si toutefois les troubles psychiques devaient s'installer de façon pérenne, ils peuvent être reconnus comme handicap et ouvrir droit à des prestations médicosociales spécifiques[22].
Ce cadre général, fondamental, posé et dans lequel on pourrait voir des obligations positives de l'Etat et de ses « agents », le législateur paraît revenir à la relation de soins elle-même, c'est-à-dire une relation entre le personnel de santé et un malade, en mettant des obligations à la charge du premier à l'égard du second tout en énonçant certains droits au bénéfice de ce malade particulier.

18 - C. Castaing, Loi n°2011-803 du 5 juillet relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, AJDA 2011, p.2055, p. 2056, citant les décisions du Conseil constitutionnel n°2010-71 QPC du 26 nov. 2010, consid.16 et n°2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, consid.7.

19 - Cet objectif de réinsertion était bien plus nettement exprimé par l'ancien article L.3211-11 CSP qui prévoyait les sorties d'essai « Afin de favoriser leur guérison, leur réadaptation ou leur réinsertion sociale.... ». Voir également les dispositions des articles L.3221-1, L.3221-2 et L.3221-4 CSP.

20 - Voir l'art. L.3211-2-1 al.2 CSP.

21 - S. Prieur, L'encadrement juridique des soins psychiatriques sans consentement..., précité, p.200. L'auteur reprend également la définition des soins ambulatoires donnée par l'INSSE : « soins effectués en cabinet de ville, en dispensaires, centres de soins ou lors de consultations externes d'établissements hospitaliers publics ou privés ».

22 - La loi du 11 février 2005 (loi n°2005-102 du 11 fév. 2005 pour l'égalité des droits et des chances et la citoyenneté des personnes handicapées) a reconnu la spécificité du handicap psychique et a créé un nouveau dispositif adressé aux personnes souffrant de troubles psychiques : le GEM -groupe d'entraide mutuelle- qui vise à l'amélioration des conditions de vie de ces personnes. Voir les articles L.1416-6 CSP, L.146-8 et L.114-1-1 du code de l'action sociale et des familles ; plus généralement voir les dispositions prises dans le cadre de la territorialisation aux articles L.3221-1 à L.3221-4-1 CSP ainsi que la contribution de J. Martin dans le présent ouvrage.

Section II – Une personne à l'égard de laquelle le personnel de santé a des obligations

Alors que l'article L.1111-1 du code de la santé publique dispose que « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. », ni l'article L.3211-2-1, ni l'article 3211-3 ne parlent de « droit » de la personne à être informée ou à consentir aux actes médicaux ; ces deux textes adressent des injonctions à ceux qui interviennent dans la prise en charge du malade[23]. Les obligations mises à leur charge sont bien plus précises que celle qui figurait dans l'ancienne rédaction de l'article L.3211-3 du code : « Elle (la personne atteinte de troubles mentaux) est informée dès l'admission et par la suite, à sa demande, de sa situation juridique et de ses droits ». Depuis la loi du 5 juillet 2011, non seulement le contenu de l'obligation d'information a été enrichi mais une nouvelle obligation est apparue pour le médecin : rechercher et tenir compte de l'avis du patient.

§ 1 : L'obligation d'informer la personne

L'obligation d'information a un double objet puisqu'elle concerne aussi bien la situation de la personne au point de vue médical que du point de vue juridique[24].

A. Informer la personne de sa situation au plan juridique

C'est en effet dès l'admission ou dès que son état le permet et, par la suite, lors de toute décision maintenant les soins ou définissant la forme de prise en charge que la personne est informée « de sa situation juridique, de ses droits, des voies de recours qui lui sont ouvertes et des garanties offertes par l'article L.3211-12-1 »[25], l'idéal étant que la personne soit informée du projet de décision afin qu'elle soit à même « de faire valoir ses observations, par tout moyen et de manière appropriée à son état ». Le législateur invite de la sorte à anticiper les difficultés en informant la personne en amont de la décision et en lui permettant d'exprimer son opinion sur l'option choisie quant à sa prise en charge. On remarquera que c'est par le biais de l'obligation d'information que sont évoqués « les droits procéduraux » de la personne hospitalisée sans consentement, ce qui n'entraîne nulle redondance car l'accès au juge ne figure pas parmi les droits spécifiques énoncés plus avant à l'article L.3211-3.

23 - Il ne peut bien évidemment s'agir que du seul corps médical car certains types d'informations comme celles sur les voies de recours ou d'autres aspects juridiques devraient plutôt relever des compétences du personnel d'encadrement de l'établissement.

24 - Le fait que cette double information a été délivrée est consignée avec d'autres éléments dans le registre que les établissements de santé autorisés en psychiatrie doivent tenir, voir art. L.3212-11 CSP.

25 - Pour ce qui est des voies de recours et des garanties offertes par le contrôle du juge des libertés, on trouvera les éléments nécessaires dans les contributions de C. Castaing et B. Py dans le présent ouvrage.

Pour ce qui est de l'information juridique de la personne, celle-ci peut couvrir sa situation au regard de sa capacité civile. En effet, la personne malade peut se trouver automatiquement sous sauvegarde de justice[26] ou engagée dans une procédure de mise sous tutelle ou curatelle[27] si elle n'est pas déjà placée sous l'un de ces régimes de protection des personnes vulnérables. Mais surtout, il s'agit d'informer la personne du régime juridique auquel elle est soumise en fonction des circonstances ayant abouti à son admission en soins psychiatriques. Si c'est sur décision du représentant de l'Etat, l'arrêté préfectoral d'admission, décision administrative individuelle défavorable doit être notifié à l'intéressé, cela fait partie de son « information »[28]. C'est le certificat médical circonstancié qui motive pour l'essentiel l'arrêté. Considéré comme un document administratif communicable, ce certificat n'est pas couvert pas le secret médical[29] et n'est pas destiné *a priori* à des confrères. C'est pourquoi en avril 2005, la Haute Autorité de Santé a recommandé de le rédiger « en termes simples en évitant termes techniques et hypothèses diagnostiques » et, en cas de risque pour la sécurité du médecin certificateur, « de le signaler au préfet pour qu'il en tienne compte dans la rédaction de l'arrêté »[30]. Mais une exigence accrue de justifications est apparue avec la loi du 5 juillet 2011 sur lesquelles le juge judiciaire paraît vouloir exercer un contrôle pointilleux[31]. Si l'on passe à l'hypothèse où l'admission a été sollicitée par un tiers, la révélation de l'identité de ce tiers est-elle possible ? La jurisprudence administrative a estimé qu'un hôpital pouvait refuser à bon droit la communication de la demande formulée par un tiers[32]. La CADA a le même point de vue et elle l'a encore affirmé dans un avis de 2007 : « les demandes d'HDT ne sont, en application de la loi de 1978, communicables qu'à leur auteur dans la mesure où il s'agit, par définition, de documents faisant apparaître le comportement d'une personne, à qui la divulgation de ce document pourrait porter préjudice. La commission estime par suite, que ce document n'est pas communicable... »[33]. Pourtant, en dépit de cette position juridique nette, la HAS en 2005 n'en a pas moins préconisé la divulgation de l'identité de ce tiers par le psychiatre qui suit le patient, au cas par cas, cette révélation s'inscrivant dans l'accompagnement du

26 - Hypothèse visée par l'article L.3211-6 CSP.

27 - Voir l'article L.3211-8 CSP.

28 - En ce sens voir lettre DGS/SP 3 n°449 du 31 mars 1995 relative au suivi des hospitalisations sans consentement, BO Santé 95/19.

29 - En cas d'hospitalisation à la demande d'un représentant de l'Etat, avis et certificats médicaux figurent sur le registre que les établissements de santé en psychiatrie doivent tenir et qui est vu et signé par les autorités lors de leurs visites, voir les articles L.3212-11 et L.3213-1-IV CSP ; ad. CE, 9 nov. 2001, M. Deslandes, req. n°235247.

30 - Recommandations sur les 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.

31 - En ce sens voir les observations de Y. Benhamou, Le contrôle du juge judiciaire sur les hospitalisations psychiatriques sous contrainte : l'exemple de la cour d'appel de Douai, Gaz.Pal. 26 avril 2012, n°117, p.5.

32 - CAA Nantes, 7 oct. 1999, Melle X., D.2001, 275, note M. Joyau.

33 - CADA, avis 20072892 du 26 juillet 2007.

patient. Cette dichotomie peut s'expliquer car l'on est face à deux perspectives différentes : dans la première il s'agit des relations entre un usager du service de santé et l'Administration alors que, dans la seconde, il s'agit des relations entre un médecin et son patient. La divulgation apparaît comme une étape dans le traitement que le psychiatre ne doit franchir qu'après une évaluation du rapport bénéfice/risque[34]. Si toutefois le patient devait accomplir quelque acte de vengeance préjudiciable au tiers, l'erreur de diagnostic du psychiatre sera sanctionnée par la responsabilité civile du psychiatre et/ou de l'établissement[35].

B. Informer la personne de sa situation au plan médical

Cet élargissement du contenu de l'obligation d'information dont est tenu le professionnel de santé est nouvelle et participe d'une meilleure prise en compte des droits du patient. Encore faut-il distinguer entre l'information à donner et la consultation des données de santé. Dans ce dernier cas, la personne atteinte de troubles mentaux a un accès qui peut être fortement restreint à son dossier médical. L'article L 1111-7 du CSP pose le principe selon lequel toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé, détenues à quelque titre que ce soit, par des professionnels de santé. Cet accès peut être direct ou se faire par le biais d'un médecin désigné par le malade. Toutefois, l'alinéa 4 dudit article prévoit « qu'à titre exceptionnel, la consultation des informations recueillies dans le cadre d'une admission en soins psychiatriques » sans consentement « peut être subordonnée à la présence d'un médecin désigné par le demandeur en cas de risques d'une gravité particulière ». C'est évidemment le psychiatre en charge du patient qui va être juge de ces risques graves mais il appartient au patient de choisir ce médecin. La CADA avait dû rappeler que la désignation du médecin appartenait au patient dans une espèce où la femme devait consulter son dossier à la DASS en présence du médecin instructeur de santé publique, tout en relevant que ce droit peut faire l'objet d'aménagements comme le prévoit la loi[36]. Si le patient devait refuser cet accès médiat, la commission départementale des soins psychiatriques va être saisie et son avis s'imposera aussi bien au patient qu'au détenteur des informations[37]. Enfin la CADA a également eu l'occasion de préciser les documents consultables par le patient. Selon cet organisme, « ne sont pas des « documents médicaux » ceux qui ont été établis par une autorité administrative et non par un médecin, tels arrêtés d'hospitalisation d'office ou rapport d'un psychologue ou travailleur social, à moins

34 - Conformément aux recommandations de bonne pratique précitées, émises par la HAS en avril 2005.

35 - Pour de plus amples développements sur le régime de l'hospitalisation à la demande d'un tiers, voir la contribution de F. Vialla dans ce présent ouvrage.

36 - CADA, avis 20074352 du 8 novembre 2007. De même le directeur de l'établissement ne peut solliciter différents médecins...qui se récusent d'ailleurs, et il doit faire droit à la demande de l'intéressée dès lors que dans un courrier elle désigne nommément un médecin, voir CADA, avis 20063598 du 14 septembre 2006.

37 - Ainsi que l'a également rappelé la CADA dans son avis 20063598 précité.

qu'ils ne fassent partie intégrante du dossier médical » et d'une manière générale, « doivent être occultés de la consultation du dossier médical les informations « recueillies auprès des proches » du patient[38]. On réalise ainsi que le droit à prendre connaissance des données de santé est placé sous un régime dérogatoire limitatif pour les personnes hospitalisées sans consentement par rapport aux patients ordinaires.
En revanche, pour le préalable à un acte médical, comme tout malade, la personne souffrant de troubles psychiques doit recevoir des informations pour appréhender ce qu'il en est de sa santé. En raison de la spécificité de la pathologie, l'information de la personne souffrante doit être adaptée à son état mental[39]. Il n'en demeure pas moins que les recommandations adressées au médecin qui procède à l'évaluation clinique initiale, à savoir informer le patient « du caractère pathologique des troubles qu'il présente ; de leur retentissement possible ; des modalités et des conditions d'application du traitement nécessaire »[40], doivent valoir *a minima* pour tous les psychiatres qui interviennent ultérieurement. Dans le cadre de la mise en place ou d'une modification du programme de soins lorsqu'il n'y a pas hospitalisation complète, l'information doit être donnée au cours d'un entretien préalable. Cet entretien est mentionné sur le programme de soins et au dossier médical du patient[41]. A défaut d'avoir donné cette information adaptée, comment serait-il possible pour le psychiatre de satisfaire à l'obligation de recueillir l'avis du patient sur les soins envisagés ?

§ 2. L'obligation de rechercher l'avis de la personne

Le code de la santé publique dans son article L.1111-4 alinéa 3 pose l'exigence du consentement de la personne avant tout acte médical ou tout traitement[42], mais l'alinéa 4 de ce même article envisage l'hypothèse où « la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté » pour préciser qu'aucune « investigation ou intervention ne peut être réalisée sauf urgence ou impossibilité avant de consulter la personne de confiance ou la famille ». En dépit des dispositions de l'article L.3211-4 qui fait appel au strict respect des règles déontologiques et éthiques pour l'application des protocoles thérapeutiques en psychiatrie[43], les dispositions générales en faveur des usagers du système de santé sont biaisées à plusieurs

38 - CADA, conseil 20062025 du 11 mai 2006.

39 Ce que confirme la RBP de la HAS de mai 2012 –« Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé »- qui semble assimiler tous les patients en ce domaine, précisant simplement que, pour le majeur qui n'est pas en état, le professionnel de santé délivre une information adaptée aux facultés de compréhension de celui-ci.

40 - Recommandations de bonne pratique précitées, HAS, avril 2005.

41 - Voir art. R.3211-1-III CSP.

42 - « 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 », art. L.1111-4 al.3 CSP.

43 - Ces dispositions sont analysées comme un renvoi au code de déontologie, les articles R.4127-35 et R.4127-36 CSP prévoyant que tout au long de la maladie, le médecin doit veiller à ce que ses explications soient comprises, et rechercher le consentement de la personne soignée.

égards pour les patients souffrant de troubles mentaux. Il en va ainsi pour ce qui est de la qualité même de l'expression du consentement, pour ce qui est du type de soins sur lequel le patient doit donner son avis et, enfin, pour ce qu'il en est de la valeur accordée à cet avis.

A. La qualité de l'expression de la volonté du patient

La qualité de l'expression de la volonté de la personne autorisant l'atteinte à son intégrité est le premier sujet de discussion puisque l'article L.3211-3 CSP utilise le terme d'avis et non de consentement de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques. Le recours à cette forme atténuée d'assentiment peut se justifier lorsque, comme dans l'hypothèse de l'admission à la demande d'un tiers, l'une des conditions est précisément que la personne ne peut exprimer son consentement. En revanche, en cas de décision préfectorale, c'est l'intérêt thérapeutique du patient, la sécurité des tiers ou l'ordre public qui vont justifier la violation du respect du corps humain. On peut regretter la confusion que la loi opère entre hospitalisation et soins contraints car c'est le diagnostic initial de la nature des troubles psychiques qui va entraîner l'inaptitude mentale de la personne à exprimer sa volonté pour les soins. Cet aspect est crucial pendant la « garde à vue sanitaire »[44] suivant l'admission puisqu'il y a hospitalisation complète même si celle-ci peut être de courte durée. Or ce présupposé d'inaptitude est injustifié au regard de la pathologie de la personne car il n'y a pas de lien direct entre la pathologie retenue dans « la nosographie psychique avec la capacité du sujet à décider d'un soin en fonction de choix de vie qui lui sont personnels »[45], notamment pour les schizophrènes. La simple méthode diagnostique ne peut fonder des soins imposés et, après la loi de 1990[46], des critères dégagés par la psychanalyse américaine[47] et tenant mieux compte de l'opinion subjective du patient vont être repris dans les recommandations de la HAS. Cinq dimensions doivent fonder l'évaluation de la capacité à consentir : « capacité à recevoir une information adaptée ; capacité à comprendre et écouter ; capacité à raisonner ; capacité à exprimer librement sa décision ; capacité à maintenir sa décision dans le temps »[48]. Si l'on s'en rapporte à l'expérience d'une cour d'appel, le juge utilise ces mêmes critères lors de sa vérification de la réalité du consentement du patient aux soins[49]. Or le juge a

44 - Pour reprendre l'expression utilisée dans l'ouvrage *Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe*, Ph. Bernardet, Th. Douraki, C. Vaillant, Erès, 2002, p.118.

45 - Ph. Bernadet et autres, *Psychiatrie,...op.cit.*, p. 99.

46 - 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.

47 - Voir les références médicales citées par Ph. Bernardet et autres, *Psychiatrie...*, *op.cit.*, p. 99.

48 - Recommandations de bonne pratique émises par la HAS, précitées, avril 2005. Il est remarquable que rien de particulier n'ait été prévu par la HAS dans sa Recommandation de bonne pratique « Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé » de mai 2012 en ce qui concerne les majeurs qui ne sont pas en mesure de recevoir l'information si ce n'est la consultation de la personne de confiance qui aurait pu être préalablement désignée.

49 - Voir Y. Benhamou, Le contrôle du juge judiciaire sur les hospitalisations..., précité.

naturellement tendance à s'en remettre à l'avis médical si celui-ci se prononce sur ces points ; la difficulté vient de ce que cet avis médical raisonne en termes de maladie à soigner et non pas dans une perspective de droits ou de libertés à défendre. Il faut espérer que les JDL s'approprieront ces critères et les appliqueront avec cette nouvelle orientation, en particulier lors de l'audition de la personne hospitalisée.
En définitive, le psychiatre doit chercher à amener l'adhésion de la personne souffrante à une forme d'atteinte à son intégrité qu'elle sera en mesure d'assumer à défaut d'y avoir consenti. « L'alliance thérapeutique »[50] entre le soignant et le patient sera-t-elle scellée par cette consultation sur les modalités des soins ?

B. Le type de soins avec avis du patient

Le débat autour de l'avis de la personne hospitalisée sans consentement ne peut que se poursuivre sur le terrain du type de soins pour lequel le personnel médical doit rechercher « l'avis » du patient. Si l'on s'en tient au texte de l'article L.3211-3 CSP, l'avis de la personne doit être recherché sur les « modalités de soins ». *A priori* il ne saurait s'agir de la forme de la prise en charge elle-même puisque, plus haut dans le texte, il est dit que les projets de décisions relatives au maintien des soins ou définissant la forme de la prise en charge peuvent faire l'objet des observations de la personne concernée. On se place là sur un autre terrain : l'utilisation du terme « d'observations » renvoie à la procédure, et cela relève plutôt du respect des droits de la défense et du principe du contradictoire que du consentement aux soins[51]. Les « modalités de soins » ne peuvent que viser les différents traitements envisagés avec leurs formes variées : médicaments, ateliers thérapeutiques, entretiens entre autres[52]. Peu importe que ceux-ci soient dispensés dans le cadre d'une hospitalisation complète ou du programme de soins, d'autant que dans ce dernier cas, un autre texte prévoit expressément que l'avis de la personne hospitalisée est recherché avant la définition ou la modification du programme[53].
Puisqu'il s'agit de déterminer des formes de soins, s'inscrivant dans le mouvement qui reconnaît de plus en plus d'autonomie au sujet de droit,

50 - Expression reprise par M. Couturier, La réforme des soins psychiatriques : de la psychiatrie disciplinaire à la psychiatrie de contrôle, RDSS 2012, p.97, p.106. L'expression figure déjà dans la Charte de l'usager en santé mentale à propos de la participation active de la personne aux décisions la concernant : « Toutefois, la construction d'une véritable alliance thérapeutique ne peut être confondue avec une simple transparence réciproque », Charte signée le 8 décembre 2000 par la Conférence des Présidents de C.M.E. de C.H.S.. Pour une approche critique de ce concept dans la perspective de l'éducation thérapeutique du patient, voir JD. Lalau, A. Lacroix, A. Deccache, M. Wawrzyniak, *Créer une alliance thérapeutique – On n'éduque pas un adulte souffrant*-, éd. Chroniques Sociales, nov. 2012.

51 - Voir la jurisprudence administrative en ce sens, CAA Lyon, 9 juil.2009, M. André G., AJDA 2009, 1734. C'est la reprise d'une analyse du Conseil d'Etat voulant que les décisions qui doivent être motivées ne peuvent intervenir qu'après que l'intéressé a été mis à même de présenter ses observations, voir D. Truchet, Rép.civ. Dalloz, Malades mentaux, n° 115 citant CE, 3 mars 1995, M.R.S., Rec.CE p.118.

52 - Pour la difficulté à définir soin ou traitement en psychiatrie, voir M. Lopez, La loi relative aux droits..., précité, note 56.

ne pourrait-on envisager d'introduire le « testament psychiatrique »[54] dans le système juridique français ? Promu par des associations de patients, notamment suisses et allemandes, ce document contient les traitements que la personne accepte ou refuse si elle devait perdre ses facultés de discernement ou être hospitalisée pour troubles psychiques. Il est rédigé alors que la personne dispose de toutes ses facultés mentales, ce qui peut être attesté par un médecin ou un notaire, par exemple[55]. Ainsi, à l'instar des directives anticipées relatives à la fin de vie introduites en 2005 dans le code de la santé publique[56] ou le mandat de protection future figurant dans le code civil depuis 2007[57], l'individu pourrait anticiper un changement de situation sur le plan mental et faire connaître ses souhaits s'il ne devait plus être apte à exprimer sa volonté. Si ce « testament psychiatrique » trancherait la situation juridique, il n'est guère en phase avec la position de la psychiatrique française et il limiterait effectivement la possibilité de prodiguer les soins jugés adaptés à la pathologie mentale, le psychiatre étant tenu par ce testament rédigé antérieurement[58].

Par ailleurs, fondamentalement, l'objet de l'avis concerne des soins psychiatriques et eux seuls car, en dehors du cadre de la loi sur les soins psychiatriques, la personne redevient un patient ordinaire qui doit consentir à chacune des atteintes à son intégrité physique ; la personne nécessitant des soins psychiatrique peut également souffrir d'autres affections, diabète, hypertension, par exemple, ou suivre une contraception. Toute médication, toute intervention chirurgicale, tout ce qui relève du somatique et non du psychique doit être précédé de l'accord de la personne sauf urgence. On ne saurait admettre que des troubles psychiques conduisent à une présomption générale d'inaptitude à consentir à un acte médical[59] ; il faut un retour au droit commun, au régime général des patients, à moins que l'on se trouve dans une hypothèse où le législateur a instauré un régime spécifique pour des actes médicaux non psychiatriques. Il existe de tels cas dans la législation

53 - Voir l'art. L.3211-2-1 CSP. A la suite du décret du 18 juillet 2011, l'art. R.3211-1-II CSP précise le contenu de programme de soins. Celui-ci indique si la prise en charge du patient inclut une hospitalisation à temps partiel, des soins ambulatoires ou à domicile et un traitement médicamenteux pour les soins psychiatriques. Le programme précise les lieux, la fréquence et la durée prévisible de ces modalités mais sans donner d'indication sur la nature des troubles mentaux dont souffre le patient.

54 - Cette idée a été promue par un psychiatre américain, Thomas Szasz (v. Th. Szasz, *The psychiatric will. A new mechanism for protecting persons against « psychosis » and « psychiatry »,* American Psychologist, 37(7) (1982), p.762), cité *in* Ph. Bernardet et autres, *Psychiatrie..., op.cit.*, p.100.

55 - Sur l'ensemble des questions soulevées par ce testament psychiatrique, voir Ph. Bernardet et autres, *Psychiatrie..., op.cit.*, p.101/102.

56 - « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment. », art. L.1111-11 al.1 CSP.

57 - Voir les articles 477 à 494 du code civil.

58 - Sur les réticences du corps médical, voir Ph. Bernardet et autres, *Psychiatrie..., op.cit.*, p.101/102.

59 - Cela revient à postuler « qu'un individu, même atteint d'une pathologie mentale, est en mesure d'opérer lui-même le choix de se soigner. Sa maladie n'est donc pas nécessairement exclusive de l'autonomie lui permettant de gérer sa santé », M. Couturier, La réforme des soins psychiatriques..., précité, p.108.

sanitaire et tout particulièrement les recherches impliquant la personne humaine[60] et la stérilisation. Parce que la personne est considérée comme vulnérable[61], le législateur a « verrouillé » la situation en exigeant le consentement ou l'avis de la personne elle-même ainsi que l'autorisation d'un organe de contrôle confortée éventuellement par celle du tiers juridiquement en charge de la personne. Ainsi pour la stérilisation des personnes souffrant de troubles mentaux, avec les relents d'eugénisme qu'elle laisse dans son sillage[62], on est dans une situation extrême qui n'a été officiellement admise qu'en 2001. En effet, les conditions sont strictes : impossibilité d'une autre méthode contraceptive pour une personne majeure placée sous tutelle ou curatelle du fait de son handicap mental. L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles et de nul autre mais le juge doit avoir entendu la personne, dont le consentement dit le texte, si elle est apte à exprimer sa volonté, « doit être systématiquement recherché et pris en compte » après qu'elle aura reçu une information adaptée à son degré de compréhension[63]. Pour cet acte très grave, qui retire en principe définitivement à un être sa capacité à se reproduire, si la personne handicapée mentale est néanmoins apte à donner sa position, c'est bien un consentement à l'acte chirurgical que le juge entérinera dans sa décision. La question du consentement est tout aussi pertinente pour la participation à un protocole de recherche puisque la réforme intervenue en mars 2012 vise expressément les personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement dans certaines de ses dispositions. Tout d'abord ces personnes ne peuvent être sollicitées que pour participer à certaines recherches[64]. Ensuite, qu'elles soient ou non placées sous un régime de protection, elles reçoivent une information complète sur la recherche mais « adaptée à leur capacité de compréhension », puis elles sont consultées « dans la mesure où leur état le permet ». Enfin, hors le cas de la personne placée sous curatelle qui y consent personnellement, le tiers représentant les intérêts de la personne –tuteur, personne de confiance en l'absence d'un régime de protection et juge des tutelles au besoin- donne son autorisation et l' « adhésion personnelle » de ceux qui participent au protocole est recherchée[65]. Voilà qui ne semble guère différer des dispositions en matière de soins psychiatriques puisqu'on n'évoque pas le consentement, sauf pour la curatelle et dans l'hypothèse où la personne retrouverait sa capacité à consentir au cours de la

60 - Expression qui a remplacé celle de recherche biomédicale depuis la loi n° 2012-300 du 5 mars 2012.

61 - Pour deux approches de la vulnérabilité, voir P. Bizouard, Le concept de vulnérabilité en psychiatrie, *in Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, F. Rouvière (dir.), Bruylant 2011, p.151 et loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO du 7 mars 2007 ; Dossier Réforme de la protection juridique des majeurs protégés, Droit de la famille 2007, études 14 et s..

62 - Voir les deux rapports du comité consultatif national d'éthique : La contraception chez les personnes handicapées mentales-Rapport n°49, avril 1996, et La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive-Rapport n°50, avril 1996.

63 - Voir l'art. L.2123-2 CSP.

64 - Voir les dispositions des articles L.1121-1, L.1121-6 et L.1121-8 CSP.

65 - Voir les dispositions de l'article L.1122-2 -I et –II CSP.

recherche, mais une adhésion à ce qui est proposé par l'investigateur de la recherche. La différence flagrante va apparaître avec la force attribuée à l'avis de la personne consultée car jusqu'à quel point cet avis s'impose-t-il au professionnel de santé ?

C. La valeur de l'avis de la personne

Rechercher l'avis de la personne hospitalisée sans consentement est bien une obligation pour le professionnel de santé comme l'indique l'usage de l'auxiliaire « doit ». Mais cet avis pris, le médecin est-il tenu de le respecter comme l'exige le texte général[66] et les textes spécifiques consacrés à la stérilisation et aux recherches qui disposent qu'il ne peut être passé outre au choix de la personne et tout particulièrement de son refus[67] ? Rien de tel pour les soins psychiatriques puisque l'article L.3211-3 dit que cet avis « est pris en considération dans toute la mesure du possible ». Le texte, apparemment, laisse à l'appréciation du psychiatre le crédit à accorder à l'opinion du patient. La question du droit au refus de soins est occultée par la législation française dans le cadre psychique depuis que la réforme du 27 juin 1990 a abrogé l'article L.353-2 du code de la santé publique qui concernait les hospitalisations libres. D'ailleurs il est remarquable que même pour ces dernières, le droit de refuser un soin ne soit toujours pas expressément prévu. Le texte de l'article L.3211-2 est ambigu : il accorde aux personnes en hospitalisation libre les « mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux reconnus aux malades soignés pour une cause »...ce qui devrait englober le droit non seulement de consentir mais de refuser[68]. Qui plus est, pour les personnes suivies dans le cadre d'un programme de soins, si elles ne devaient pas respecter les prescriptions du psychiatre, ce dernier a la possibilité de modifier non seulement leurs soins mais aussi la prise en charge, autrement dit de proposer leur hospitalisation complète au directeur de l'établissement[69] ! Le retour à une hospitalisation complète se profile lorsque, « notamment du fait du comportement de la personne », il n'est plus possible de dispenser les soins que nécessite son état. A raison de ses manquements à « l'alliance thérapeutique », le patient est sanctionné et retourne à la case « Hôpital », mais certes, il en avait été averti lors de l'entretien préalable à la mise en place du programme de soins[70] ! L'introduction de cette

66 - « Le médecin doit respecter la volonté de la personne (...) après l'avoir informée des conséquences de son choix », art. L.1111-4 CSP.

67 - Pour la stérilisation, voir l'art. L.2123-2 al.3 : « Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement » ; pour les recherches, voir l'art. L.1122-2-I al.2 : « En toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation ».

68 - Sur ce point, voir la contribution de J. Kissangoula dans le présent ouvrage.

69 - Voir les articles L.3211-11 et R.3211-1- III et IV CSP.

70 - L'article R.3211-1-II du CSP exige en effet que le psychiatre indique à la personne « que le programme de soins peut être modifié à tout moment pour tenir compte de l'évolution de son état de santé et qu'il peut proposer son hospitalisation complète notamment en cas d'inobservance de ce programme susceptible d'entraîner une dégradation de son état de santé ».

dimension de contrainte au sein de la psychiatrie a suscité des critiques chez les psychiatres et les juristes[71]. L'articulation de cette disposition avec le consentement ou l'adhésion aux soins appelle un parallèle avec ce qu'un auteur qualifie de « consentement-pression » ou « consentement-fiction » dans le cadre des soins médicaux en droit pénal, et notamment pour l'injonction thérapeutique[72].

Pour autant, le refus du malade peut réapparaître lorsque le psychiatre qui est en charge du patient s'est prononcé en faveur d'une réhospitalisation complète. Il s'agit d'une modification substantielle du programme de soins sur laquelle le juge des libertés et de la détention doit statuer avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la décision du directeur de l'établissement ou du préfet[73]. L'avis du psychiatre qui suit le patient doit être accompagné de celui du confrère exerçant dans l'établissement d'accueil et qui se prononce sur la nécessité de l'hospitalisation complète[74]. Mais en dehors de cette hypothèse, quel autre changement dans le programme de soins aura pour effet de modifier substantiellement la modalité de prise en charge[75] ? Tout changement qui amène le patient à séjourner à l'hôpital mérite ce qualificatif. Ainsi en ira-t-il de façon évidente de l'hospitalisation partielle et des soins ambulatoires. En revanche, tout ce qui touche aux soins à domicile ou au traitement médicamenteux –fréquence, dosage, par exemple- n'étant pas véritablement attentatoire à la liberté individuelle aurait pu échapper au contrôle du JDL. Néanmoins, cela n'est plus concevable après la réponse du Conseil constitutionnel dans la QPC du 12 avril 2012[76]. En effet, selon le Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article L. 3211-2-1 n'autorisent pas l'exécution d'une obligation de soins, quelque soit leur forme, hors l'hospitalisation complète. Ce qui revient à dire que, dans un programme de soins, le patient peut refuser toute modification de son traitement, même médicamenteux[77]. Ainsi la quali-

71 - Voir M. Couturier, La réforme des soins..., précité, p. 108/109 qui parle de la crainte des psychiatres « d'être affectés à une fonction d'instance de régulation biopolitique » ; *ad.* M. Lopez, La loi relative aux droits..., précité, p. 151, qui souligne que, précisément, l'oubli ou le refus d'un traitement sont fréquents chez les patients souffrant de troubles mentaux.

72 - Voir P. Mistretta, L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal, Rev. Inter dr.pén., vol. 82 (2012), p.19.

73 - Voir art L. 3211-12-1 I 2° CSP.

74 - Sur l'importance de ces avis et certificats médicaux ainsi que sur le contrôle du JDL, voir la contribution de B. Py dans le présent ouvrage.

75 - Comme l'exige l'article R. 3211-1-III al.3 du CSP.

76 - Voir Déc. N° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie, considérants 12 et 13.

77 - Pour une illustration, voir CE, ord.réf. n° 360793, 12 juillet 2012, AJDA 2012, p.2035. En l'espèce la patiente souffrant de troubles mentaux contestait une augmentation du dosage du Risperdol, médicament qui lui était injecté toutes les quinzaines dans le cadre de son programme de soins. Le Conseil d'Etat va décliner sa compétence au profit du JDL pour apprécier le bien fondé de la décision. Cette instance illustre également à quel point le contentieux fait tomber les dispositions réglementaires relatives au contenu du programme de soins qui aménage un espace au secret médical. En effet, l'article R. 3211-1-II 4° indique « Le programme ne comporte pas d'indication sur la nature et les manifestations des troubles mentaux dont souffre le patient, ni aucune observation clinique, ni la mention ou les résultats d'examens complémentaires. Lorsque le programme inclut l'existence d'un traitement médicamenteux, il ne mentionne ni la nature ni le détail de ce traitement, notamment la spécialité, le dosage, la forme galénique, la posologie, la modalité d'administration et la durée ».

fication de « substantielle », ajoutée par le décret de juillet 2011 pour justifier la notification au directeur de l'établissement d'une modification du programme de soins, est obsolète ; sa disparition signifie un amoindrissement du pouvoir des professionnels de santé et une reconnaissance nette des droits de la personne bénéficiant de soins psychiatriques sans consentement. Cette résistance du patient à la proposition médicale, dès lors que le psychiatre maintient que les soins proposés sont indispensables, va obligatoirement dans toutes les hypothèses être sanctionnée par un retour au régime de l'hospitalisation complète. Cette réhospitalisation va alors permettre au JDL d'apprécier et la nécessité de la décision du médecin qui assure la prise en charge de la personne et l'aptitude à consentir ou refuser de cette personne, les deux aspects étant étroitement liés au regard du bien-fondé de la mesure d'hospitalisation. Plus que jamais, la spécialisation ou l'ouverture de certains JDL vers la médecine psychiatrique est-elle indispensable afin que des relations équilibrées s'installent entre professionnels qui œuvrent au « bien » de la personne malade car il n'est pas souhaitable qu'au paternalisme médical se substitue un certain paternalisme judiciaire et le juge ne devrait pas avoir à enjoindre quelque traitement que ce soit.

Section III – Une personne qui bénéficie de droits spécifiques et intangibles

L'article L 3211-3 CSP poursuit sa description de la situation de la personne hospitalisée sans consentement en énonçant de véritables prérogatives juridiques attribuées sans concession à ces personnes. En effet, selon le texte « En tout état de cause, elle (la personne) dispose du droit :..... » et suivent alors huit prérogatives dont cinq peuvent être exercées par des personnes qui agissent dans l'intérêt du malade[78], alors que trois d'entre-elles sont exclusivement personnelles et ne peuvent être déléguées. Toutes ces prérogatives peuvent être qualifiées d'intangibles par l'usage de l'expression « en tout état de cause » et, à l'exception de l'une d'entre-elles, elles figuraient déjà dans la loi de 1990.

§ 1 : Des prérogatives susceptibles d'être exercées par d'autres que la personne hospitalisée

Le premier droit figurant dans le catalogue légal est celui de communiquer avec les autorités désignées par le code de la santé publique, article L 3222-4, à savoir, le représentant de l'Etat dans le département,

78 - Le texte de l'article L.3211-3 CSP réserve ce droit de représentation aux parents ou aux « personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade ». Ces deux catégories doivent être entendues largement car il ne saurait s'agir des seuls ascendants pour le terme de « parents » qui doit englober tout individu ayant un lien de parenté ou d'alliance, voire d'affinité comme pour le pacs et le concubinage, tout comme il est évident, qu'outre les proches de l'hospitalisé, des tiers, dont le personnel de l'établissement et, pourquoi pas, un voisin, mais surtout les associations constituées avec pour objet les soins psychiatriques, instituées par une Ordonnance du 4 septembre 2003 et qui peuvent signer des conventions avec des établissements spécialisés, vont jouer un rôle majeur dans la défense des droits de la personne en agissant dans l'intérêt de cette dernière, voir art. L.3221-2 CSP.

le président du tribunal de grande instance et le procureur du lieu de situation de l'établissement ainsi que le maire de la commune. Cette « communication » est suffisamment large pour englober les réclamations des hospitalisés, de leurs proches ou des associations dédiées, ainsi que les requêtes en vue de la mainlevée de la mesure d'hospitalisation d'autant que le texte vise expressément « le conseil » de la personne. Informées, ces autorités procèdent, le cas échéant, à toutes vérifications utiles et contrôlent notamment le respect des dispositions touchant à la procédure de l'hospitalisation sans consentement et le respect des droits des malades[79]. Il est remarquable que la violation de ce droit soit pénalement sanctionnée, la loi disposant que le directeur de l'établissement encourt un an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende s'il venait à supprimer ou retenir une requête ou une réclamation adressée aux autorités administrative ou judiciaire[80].
Le second droit attribué à la personne hospitalisée sans consentement est celui de saisir la commission départementale de soins psychiatriques, en charge précisément, de veiller au respect des libertés individuelles et de la dignité de ces personnes[81]. Instituées par la loi du 27 juin 1990, ces commissions n'interviennent qu'*a posteriori*, une fois la décision d'hospitalisation prononcée et dont elles doivent être informées[82]. Outre la tardivité de leur intervention, on a pu souligner l'absence de garantie de l'indépendance des membres de ces commissions Effectivement, quatre des six membres que comporte cette formation sont désignés par le préfet : un psychiatre, le médecin généraliste, les deux représentants des associations agrées représentatives des personnes atteintes de troubles mentaux et de leurs familles, alors qu'un psychiatre est désigné par le procureur général près la cour d'appel et un magistrat par le premier président de la cour d'appel[83]. De ce fait, « en apparence au moins, cette indépendance peut paraître douteuse », l'autorité préfectorale étant « un des acteurs majeurs de l'admission des hospitalisations psychiatriques sous contrainte »[84]. Au besoin, après instruction, la commission saisit le préfet ou le procureur et elle peut également proposer au JDL compétent la levée de la mesure de soins psychiatriques. La commission apparaît essentiellement comme un organe de contrôle au pouvoir incitatif, n'ayant la possibilité d'imposer sa décision que pour l'accès aux informations de santé. Aussi on peut supposer que dans de nombreux cas, le patient choisira de rapporter

79 - Voir art. L.3222-4 al 2 CSP.

80 - Voir art. L. 3215-1 2° CSP.

81 - Voir art. L.3222-5 CSP.

82 - En raison de son hospitalisation, la personne peut également saisir la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRUQPC) de l'établissement qui peut charger la commission départementale de l'instruction de la demande, voir art. L. 3211-3 et L. 1112-3 CSP.

83 - Voir art. L.3223-2 al 1er CSP.

84 - C. Castaing, Le droit fou des soins psychiatriques sans consentement, LPA, 26 nov. 2010, n°236, p.6 et s. Tout au plus la loi prévoit-elle que les membres de la commission ne peuvent appartenir au conseil de surveillance d'un établissement spécialisé du département et qu'un seul des psychiatres membre peut exercer dans un tel établissement, voir art. L. 3223-2 al 3 et 4 CSP.

sa situation auprès du contrôleur général des lieux privatifs de liberté. Le troisième droit reconnu est la nouveauté introduite par la loi de 2011. Il s'agit de la possibilité de porter à la connaissance du Contrôleur général des lieux de privation de liberté des faits ou des situations susceptibles de relever de sa compétence. Autrement dit la personne ou un tiers qui veille à ses intérêts peut saisir cette autorité administrative indépendante, créée par une loi du 30 octobre 2007, si des éléments devaient faire présumer un non-respect des prescriptions légales au regard des droit et libertés des hospitalisés sans consentement. A cet égard, l'une des questions juridiques est sans doute celle de l'articulation des compétences entre Contrôleur et Défenseur des droits[85], l'un ayant plutôt des fonctions de contrôle et l'autre de médiation[86].
Le quatrième droit attribué aux personnes hospitalisées sans consentement est celui de prendre conseil auprès d'un médecin ou d'un avocat de leur choix. C'est là sans aucun doute une prérogative importante en pratique car le patient ou sa famille va pouvoir consulter qui du médecin généraliste qui d'un psychiatre indépendant pour s'informer notamment sur une forme alternative de traitement. Pour ce qui est de l'avocat, avec la multiplication des possibilités d'intervention du JDL dans le processus d'hospitalisation, ses conseils paraissent indispensables. En revanche, la présence de l'avocat au sein d'un établissement spécialisé pour un échange direct avec son client n'est pas dans la culture du Barreau. Même si l'hôpital autorisé en psychiatrie est, tout comme la prison, un lieu fermé, il n'est pas usuel pour les avocats de s'y rendre pour rencontrer leur client/patient. Les mentalités devront évoluer car la loi dit bien que le conseil, tout comme le médecin, est choisi librement par la personne. Les commissions d'office ne devraient être que l'ultime solution car elles permettront encore moins d'avoir une connaissance réelle du dossier permettant d'assurer une défense efficace des intérêts de ce client particulier[87]. Enfin, il faudra que l'avocat parvienne à imposer sa présence au sein de l'établissement car, même si avocat et médecin bénéficient de la confidentialité de leurs échanges avec le client/patient, le directeur de l'établissement, en vertu des ses pouvoirs de police générale, a pu valablement ordonner la présence d'un surveillant derrière une porte vitrée lors d'une visite d'un médecin extérieur[88].

---

85 - Ce dernier est apparu suite à une révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, voir art. 71-1 de la Constitution.

86 - Voir C. Castaing, Le droit fou des soins..., article précité ; le lecteur trouvera toutes les informations utiles dans la contribution de J-Y Maréchal au présent ouvrage.

87 - Sur les difficultés en général d'accéder au dossier du client/patient et d'assurer une défense sérieuse, voir Ph. Bernardet et autres, *Psychiatrie...*, *op.cit.*, p. 183/185. Toutefois les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 3211-12-2 CSP devraient aider à une communication facilitée du dossier de la personne à l'avocat, d'une part, et au respect de la confidentialité de leurs échanges, d'autre part, sans néanmoins lever tous les obstacles procéduraux tenant à la saisine par requête du JDL en vue d'une mainlevée, voir les articles R. 3211-68 et R. 3211-69 CSP. ; ad. M. Douchy-Oudot, Soins psychiatriques et droits de la personne, Procédures, 2011, p. 310.

88 - Voir CE, 17 nov. 1997, C.H.S. Rennes, Rec. 433.

Cinquième et dernière prérogative expressément reconnue à la personne hospitalisée et pouvant être exercée par un tiers, le droit de consulter le règlement intérieur de l'établissement et de recevoir les explications qui s'y rapportent. Il est bon qu'effectivement, famille, visiteurs, outre la personne hospitalisée elle-même, puissent connaître le document qui va régir leur vie à l'intérieur de l'établissement, lieu fermé et donc soumis à une discipline propre qu'ils doivent respecter[89]. Directeur et médecin-chef restent les éléments centraux du fonctionnement général du service et de la vie quotidienne des hospitalisés. Mais l'évolution législative constante a modifié la perspective depuis l'époque où l'interdit était la règle que, seule une décision du médecin-chef pouvait moduler, jusqu'au 21ème siècle où les libertés et l'autonomie du patient doivent être de plus en plus réellement reconnues, notamment par les dispositions du règlement intérieur. Si apparemment, aucun règlement intérieur type récent n'a été émis par le ministère en charge de la santé, tous les établissements ont un règlement intérieur. En revanche, il semble que tous n'affichent pas encore la charte de l'usager en santé mentale adoptée en 2000[90].

§ 2 : Des prérogatives exclusivement personnelles

L'article L.3211-3 CSP en énonce trois : le droit d'émettre et de recevoir du courrier, le droit de vote et celui de se livrer à des activités religieuses. Néanmoins l'individu hospitalisé peut également exercer des droits considérés comme « strictement personnels » en ce que, même placé sous un régime de protection –tutelle ou curatelle- il en reste totalement maître. Au terme de l'article 458 du code civil, il s'agit de « la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ». Ces droits sont extrêmement importants dans leur conséquences juridiques puisque touchant aux liens de filiation et permettent à la personne hospitalisée de continuer à s'inscrire dans une généalogie familiale. Il convenait de les rappeler.

Pour ce qui est de la première prérogative personnelle –émettre et recevoir du courrier-, la reprise du vocable « courrier » est restrictive par rapport à la protection de la correspondance de l'article 8 de la CEDH et semble toujours, par principe, exclure les conversations téléphoniques ; en réalité celles-ci peuvent avoir lieu mais être limitées pour certains hospitalisés sur des motifs médicaux précis. Par ailleurs, ira-t-

89 - Les conditions tenant au séjour sont au minimum celles du régime général, voir les articles R. 1112-40 à R. 1112-53 CSP. S'agissant des visites –art. R. 1112-47 et 48- le Conseil d'Etat avait déjà jugé que leur contentieux relevait de la compétence du juge judiciaire, voir CE, 3 mars 2003, rep. N° 254625, Mme B.P. et M. A. P.

90 - Voir Charte de l'usager en santé mentale, signée à Paris le 8 décembre 2000, précitée. Sur les difficultés pratiques, voir la contribution de J-M. Andarelli au présent ouvrage.

on vers l'admission des courriers électroniques si un poste informatique devait être accessible dans le service ? Il est fort vraisemblable qu'elle puisse alors également faire l'objet d'aménagements jugés nécessaires mais qui doivent rester proportionnés.
Quant au droit de vote, il convient de préciser tout d'abord que celui-ci n'aura à être exercé par la personne hospitalisée sans son consentement que si elle n'en a pas été privée expressément par le juge des tutelles lors du prononcé ou du renouvellement de la mesure de protection[91]. Sinon, si la personne est autorisée à quitter l'établissement, elle pourra aller voter en « sortie accompagnée », et à défaut, elle votera par correspondance, le directeur établissant l'attestation spécifique prévue par le code électoral pour les malades en traitement dans un établissement de santé[92].
Le droit de se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix implique pour les autorités sanitaires de permettre à la personne hospitalisée de respecter ses préceptes religieux –prières, nourriture par exemple, voire ouverture d'un lieu de culte au sein de l'établissement que pourrait fréquenter le malade si son état le permet- ; mais ce droit ne saurait autoriser la personne à sortir de l'hôpital, il ne peut que permettre au malade de recevoir la visite du ministre du culte de son choix après qu'il en a fait la demande à l'administration de l'établissement[93].

En définitive, la loi de juillet 2011 marque une nouvelle étape dans l'affirmation des droits de la personne hospitalisée sans son consentement. Pour autant, à raison de la spécificité de la pathologie, on peut craindre que, même sur le plan théorique, les droits de ce malade ne seront jamais parfaitement identiques à ceux de la personne souffrant d'une maladie somatique, précisément au regard du consentement. A tout le moins doit-on lui reconnaître la possibilité d'exprimer, à défaut d'un consentement entendu strictement, un choix éclairé avec sa part de libre arbitre. Pour leur concrétisation, ces droits sont encadrés par processus procédural strict. Il reste à espérer que celui-ci fonctionnera efficacement, faisant du juge des libertés et de la détention le juge des libertés et des droits, sans pour autant détourner les praticiens de l'exercice de la psychiatrie. Le temps nous dira si l'équilibre entre droits et nécessité a été trouvé.

91 En effet, selon l'article L. 5 du Code électoral, « lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée ».

92 - Voir art. R. 72 al 2 et R.73 code élec. pour une éventuelle procuration établie dans l'établissement.

93 - Voir art. R. 1112-46 CSP. ; *ad.* circulaire du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé ; charte de la laïcité dans les services publics annexée à une circulaire du 13 avril 2007 : « Les usagers accueillis au sein d'établissements médico-sociaux, hospitaliers ou pénitentiaires ont droit au respect de leurs croyances et peuvent participer à l'exercice de leur culte sous réserve des contraintes découlant des nécessités du bon fonctionnement du service ».

L'UNIFICATION DU CONTENTIEUX DES DECISIONS D'HOSPITALISATION D'OFFICE. RAPIDE RETOUR SUR UN DUALISME JURIDICTIONNEL

Xavier Cabannes
Professeur à l'Université de Picardie - Jules Verne
Institut Droit et Santé (Université Paris Descartes)

Depuis le 1er janvier 2013, l'article L. 3216-1 du code de la santé publique dispose : « La régularité des décisions administratives prises en application des chapitres II à IV du présent titre ne peut être contestée que devant le juge judiciaire. Le juge des libertés et de la détention connaît des contestations mentionnées au premier alinéa du présent article dans le cadre des instances introduites en application des articles L. 3211-12 et L. 3211-12-1. Dans ce cas, l'irrégularité affectant une décision administrative mentionnée au premier alinéa du présent article n'entraîne la mainlevée de la mesure que s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet. Lorsque le tribunal de grande instance statue sur les demandes en réparation des conséquences dommageables résultant pour l'intéressé des décisions administratives mentionnées au premier alinéa, il peut, à cette fin, connaître des irrégularités dont ces dernières seraient entachées ». Cette disposition concerne, du fait de la référence aux chapitres II à IV, les admissions à la demande d'un tiers ou en cas de périls imminents, les admissions sur décision préfectorale (ancienne procédure d'hospitalisation d'office) ainsi que les admissions des personnes détenues atteintes de troubles mentaux.

Par cette disposition, issue de l'article 7 de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, le législateur est venu unifier le contentieux des décisions, particulièrement emblématiques, d'hospitalisation d'office (désormais admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État des articles L. 3213-1 et suivants du code de la santé publique), mettant ainsi en œuvre la faculté rappelée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-71 du 26 novembre 2010 : « Considérant que, dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations

contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »[1]. Cette réforme allait dans le sens de l'avis du 31 mars 2011 de la Commission nationale consultative des droits de l'homme selon lequel, « on pourrait aussi imaginer qu'il soit fait un bloc de compétences au profit du juge judiciaire, afin que celui-ci connaisse de l'intégralité du contentieux du soin psychiatrique contraint : la concurrence entre la compétence du juge administratif (...) et celle du juge judiciaire (...) n'est guère satisfaisante » (§ 28). Cette unification au profit du juge judiciaire faisait d'ailleurs l'unanimité chez les magistrats, tant de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif[2].

Si l'intervention du juge administratif en la matière pouvait parfaitement se justifier, force est d'admettre que ce retour à l'unicité juridictionnelle va dans le sens de la simplification attendue pour protéger des personnes particulièrement fragiles. D'ailleurs, la France avait été condamnée en 2005 par la Cour européenne des droits de l'homme pour infraction au délai raisonnable[3]. De plus, et surtout, en 2010, si la Cour européenne des droits de l'homme a pu souligner « la complémentarité des recours existants pouvant permettre de contrôler l'ensemble des éléments de la légalité d'un acte, puis aboutir à la libération de la personne internée », elle a surtout condamné le fait que « dans les circonstances très particulières de l'espèce, l'articulation entre la compétence du juge judiciaire et celle du juge administratif quant aux voies de recours offertes n'a pas permis au requérant d'obtenir une décision d'un tribunal pouvant statuer sur la légalité de sa détention et ordonner sa libération si la détention est illégale »[4].

Section I – Le temps de l'unicité juridictionnelle

L'instauration d'un dualisme juridictionnel ne s'est forgée que petit-à-petit. L'article 29, alinéa 1er, de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés disposait : « Toute personne placée ou retenue dans un établissement d'aliénés, son tuteur, si elle est mineure, son curateur, tout parent ou

1- Rec., p. 343, *Melle Danielle S.* ; le Conseil constitutionnel a ici repris le considérant 16 de la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Rec., p. 8.

2 - Voir, Doc. Sénat, séance du 13 mai 2011, 1ère lecture (discussion sous l'amendement n° 34). Ce courant favorable à une unification du contentieux en faveur du juge judiciaire était décelable bien avant les discussions relatives à la réforme, ainsi par exemple, il y a quelques années, Mme Claire Landais et M. Frédéric Lenica, tous deux membres du Conseil d'Etat, allaient dans ce sens en soulignant que la perte de sa « compétence résiduelle » en la matière par la juridiction administrative n'aurait pas une grande portée, « ces prérogatives demeurant assez vaines », AJDA 2005, p. 1231, comm. sous Conseil d'Etat, 1er avril 2005, *Mme L.*, req. 264627.

3 - CEDH, 27 octobre 2005, *Mathieu c. France*, v. dans cet ouvrage l'article de J. Kissangoula.

4 - CEDH, 18 novembre 2010, *Baudoin c. France*, v. de nouveau dans cet ouvrage l'article de J. Kissangoula. On relèvera seulement, en accord avec un commentateur autorisé, que les « circonstances très particulières de l'espèce » ne l'étaient peut-être pas tant que cela..., v. RTDciv 2011, p. 101, obs. J. Hauser.

ami, pourront, à quelque époque que ce soit, se pourvoir devant le tribunal du lieu de la situation de l'établissement, qui, après les vérifications nécessaires, ordonnera, s'il y a lieu, la sortie immédiate » ; l'alinéa suivant ajoutait : « Les personnes qui auront demandé le placement, et le procureur du Roi, d'office, pourront se pourvoir aux mêmes fins » (on reconnait là l'origine de l'article L. 3211-12 du code de la santé publique, dans sa version en vigueur avant la loi du 5 juillet 2011)[5]. Cette disposition, de manière paradoxale, ne faisait aucune place au juge administratif ; le dualisme juridictionnel n'était pas prévu[6].

§ 1 : L'unicité affirmée

En donnant compétence au « tribunal du lieu de la situation de l'établissement » pour ordonner les sorties, le législateur visait le juge judiciaire. D'ailleurs en 1855, le Conseil d'Etat avait jugé, sans viser l'article 29 de la loi du 30 juin 1838, que « la mesure par laquelle le préfet de police a ordonné, dans l'intérêt de l'ordre public et de la sûreté des personnes, le placement d'office de l'aliéné (...) dans l'hospice de Bicêtre, est un acte de police administrative qui n'est susceptible d'aucune appréciation par la voie contentieuse »[7]. Fallait-il voir ici une fin de non-recevoir opposée aux « actes de pure administration » qui n'étaient pas, selon la formule consacrée, « de nature à être déférés par la voie contentieuse » et parmi lesquels on comptait, selon Edouard Laferrière, les mesures de police, spécialement celles qui intéressent la salubrité et la sécurité publiques[8] ? Toujours est-il que le Conseil d'Etat ne renvoyait pas ici le requérant devant le juge judiciaire mais décidait qu'il n'y avait pas, pour apprécier la légalité d'une telle catégorie d'acte, de juge compétent ; il convient de ne pas oublier que dès 1810, le procureur général Merlin avait exclu toute prise de position du juge judiciaire à l'égard des actes individuels[9].
En 1881, le Conseil d'Etat décidait, en se référant cette fois-ci à la loi du 30 juin 1838, que « par application de l'article 29 de la loi précitée, c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de connaître des réclamations ten-

5 - Sur la genèse de cette loi, voir notamment, Jean-Pierre Machelon, La loi de 1838 sur les aliénés : la résistance au changement, RDP 1984, pp. 1005-1024 ; Gilles Landron, Du fou social ou fou médical. Genèse parlementaire de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, Délivrance et société 1995, vol. 19, n° 1, pp. 3-21.

6 - Il convient de renvoyer sur cette question à l'intégralité du mémoire de M. Vincent Touchard, *Le dualisme juridictionnel en matière d'hospitalisation d'office*, sous la direction du Professeur Bernard Pacteau, université Montesquieu-Bordeaux IV, M2 Droit public fondamental, 2006, 129 p.

7 - Conseil d'Etat, 20 décembre 1855, *Commune d'Issoudun*, Rec., p. 760.

8 - Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 2, Paris, Berger-Levrault, 2ème éd., 1896, p. 423. Il convient de ne pas oublier que si, comme le remarquait fort justement M. Jean-Pierre Machelon dans son article précité, la loi de 1838 était une loi d'assistance, elle était aussi une loi de police. Ainsi, en 1837, lors de la présentation du projet de loi initiale, le ministre de l'intérieur, le Comte de Gasparin, à propos des mesures d'internement d'office, précisait qu'il s'agissait là de mesures de sûreté publique. D'ailleurs, au *Lebon*, l'arrêt du 20 décembre 1855 est introduit par la question suivante : « La mesure par laquelle le préfet de police a ordonné, dans l'intérêt de l'ordre public et de la sûreté des personnes, le placement d'office d'un aliéné dans un hospice, est-elle susceptible d'une appréciation par la voie contentieuse ? ».

9 - Voir à ce propos les observations au *GAJA* sous, Tribunal des conflits, 16 juin 1923, *Septfonds*.

dant à ordonner la sortie de toute personne placée dans un établissement d'aliénés. Que dès lors, le département de la Sarthe n'est pas recevable à demander devant le Conseil d'Etat l'annulation de la décision attaquée »[10]. Cet arrêt n'était cependant pas dépourvu d'ambiguïté dans sa rédaction puisque le recours portait, non pas sur le refus du préfet de la Seine d'autoriser une sortie d'asile, mais sur une décision du ministre de l'intérieur approuvant la décision du préfet de police ordonnant le placement d'office d'une fillette de trois ans « atteinte d'idiotie ». Le recours ne portait donc pas sur la légalité de la décision de refus de sortie prise par le préfet de département mais sur celle de la décision de placement d'office prise par le préfet de police et approuvée par le ministre. Mais un tel libellé montrait aussi, par anticipation, qu'une éventuelle annulation par le juge administratif de la décision de placement d'office ne déboucherait pas automatiquement sur une sortie, dépendant de la seule compétence du juge judiciaire. En dépit de cette ambiguïté rédactionnelle, selon Edouard Laferrière, dont il n'est pas possible de négliger les écrits, le Conseil d'Etat a ici interprété l'article 29 de la loi du 30 juin 1838 « comme faisant obstacle à tout recours contentieux devant la juridiction administrative contre les arrêtés préfectoraux ordonnant le placement d'aliénés »[11]. Même si la position du Conseil d'Etat paraît ferme, elle n'en demeurait pas moins dépourvue d'ambiguïté. Ainsi dans un arrêt de 1892[12], alors que la haute juridiction administrative était saisie de la légalité d'un arrêté préfectoral ordonnant un internement d'office, elle décida que « considérant qu'il résulte de l'instruction que [l']arrêté a été notifié par le préfet le 8 septembre 1866 (...) ; que dès lors la requête enregistrée le 2 décembre 1890 a été tardivement présentée, et qu'elle doit être déclarée non recevable ». Ici, le Conseil d'Etat n'a pas rejeté le recours à raison de son incompétence, mais parce que le requérant était forclos. Est-ce à dire que si le recours avait été exercé dans le délai, à l'époque, de trois mois, le Conseil d'Etat aurait examiné la requête au fond ? Les écrits d'Edouard Laferrière en 1896 paraissent attester du contraire[13].

10 - Conseil d'Etat, 16 décembre 1881, *Département de la Sarthe*, Rec., p. 980.

11 - Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative...*, tome 1, précité, p. 531. A partir de là, l'arrêt de 1881 est devenu la référence fondant l'incompétence de la juridiction administrative : « La demande de sortie doit être présentée aux tribunaux civils qui seuls ont compétence. Compétence absolue, à laquelle on ne saurait porter atteinte même indirectement (arrêt du Conseil d'Etat en date du 16 décembre 1881)», Victor Faidides, *Du régime des aliéné*, Paris, Arthur Rousseau, 1898, p. 52 et, exactement dans les mêmes termes, Henri Delafarge, *La protection de la liberté individuelle dans la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés*, Paris, Librairie du recueil J.-B. Sirey et du Journal de Paris, 1905, p. 58.

12 - Conseil d'Etat, 29 avril 1892, *Commune d'Hiersac*, Rec., p. 407 ; arrêt peu connu, non relevé d'ailleurs par Laferrière, dont l'existence est soulignée, fort justement, dans le travail précité de M. Vincent Touchard, p. 28.

13 - Cependant la question ne paraissait alors pas (ou plus) nettement tranchée comme en atteste la présentation, on ne peut plus claire, de cette espèce au *Lebon* (p. 407) : « L'arrêté par lequel un préfet ordonne l'internement d'office d'un individu dans un établissement départemental d'aliénés est-il susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir ? Non résolu, dans l'espèce le recours a été formulé plus de trois mois à partir de l'arrêté attaqué ».
En 1895, le Conseil d'Etat avait jugé qu'« une commune n'est pas recevable à discuter par la voie contentieuse la mesure administrative ordonnant le placement d'un individu dans un asile d'aliénés » ; formulation qui là aussi peut donner lieu à diverses interprétations (Conseil d'Etat, 8 août 1895, *Commune de Châteauneuf*, Rec., p. 642).

§ 2 : Les raisons de l'unicité

Dans un premier temps donc, pendant plusieurs décennies, le juge judiciaire, sur le fondement de l'article 29 de la loi du 30 juin 1838, n'a connu en la matière aucune concurrence. Le juge administratif, en dépit des occasions contentieuses données, s'est interdit toute intervention à l'égard des arrêtés préfectoraux, « la dérogation aux règles ordinaires de la compétence résult[ant] ici d'un texte spécial »[14]. Edouard Laferrière notait que la possibilité pour l'interné, sa famille ou ses amis, de se pourvoir devant le juge judiciaire pour obtenir une sortie immédiate est justifiée par le risque d'une « atteinte prolongée à la liberté publique »[15]. Cette nécessité de l'intervention du juge judiciaire pour protéger la liberté individuelle, dans le cadre d'une procédure pouvant y porter de graves atteintes, a été soulignée par la doctrine dès le 19ème siècle. Ainsi, parmi de nombreux auteurs, Firmin Laferrière relevait qu'en 1838 le législateur avait instauré des garanties en faveur de la liberté individuelle, ces garanties étant administratives et judiciaires ; la loi, notait-il, « a placé la liberté individuelle sous la sauvegarde des tribunaux »[16]. Dufour soulignait, quant à lui, que l'ordre d'internement d'office est « soumis au contrôle des magistrats gardiens de nos droits civils »[17]. Pour autant, ni dans les travaux parlementaires ni dans les commentaires effectués assez rapidement après l'adoption de la loi de 1838 (ceux de Firmin Laferrière par exemple), le juge judiciaire n'est présenté comme le gardien naturel de la liberté individuelle[18]. Il fallait, à l'occasion de la loi sur les aliénés, un juge pour protéger la liberté individuelle, le législateur choisit le juge judiciaire. Pour autant, le juge administratif n'était pas alors ignorant de la nécessité de protéger la liberté individuelle. Ainsi, Cormenin cite parmi les causes de jugement des agents du Gouvernement le fait d'avoir « prêté son ministère pour faire enfermer illégalement un individu dans une maison de santé ou attenté de toute autre manière à la liberté individuelle »[19]. Le juge judi-

14- Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 1, précité, p. 531.

15- *Ibidem*.

16 - Firmin Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 2ème édition, 1841-1847, pp. 533-537 (et p. 536 pour la citation).

17- Gabriel Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, Paris, Cotillon, 2ème édition, 1857 (1856), p. 54.

18- Il faudra attendre l'article 66 de la Constitution de 1958 pour qu'une telle interprétation repose sur un texte, même si l'on sait bien que le juge administratif est lui aussi gardien effectif des droits des individus. Mais, l'idée s'était déjà installée avant cela que le juge judiciaire est le gardien naturel de la liberté individuelle ; ainsi le tribunal correctionnel de Toulouse en 1955 (3 février 1955, *Dr Benquet c. Lamy et autres*, D. 1956, somm. 11) justifiait la compétence du juge judiciaire en matière d'hospitalisation d'office sur le principe général qui fait du juge le gardien de la liberté individuelle : « c'est à l'autorité judiciaire, compétente pour statuer sur les atteintes à la liberté individuelle, qu'il appartient d'apprécier la nécessité d'une mesure d'internement d'office dans un hôpital psychiatrique avec ses conséquences, lorsqu'il n'est soulevé aucune contestation sur l'accomplissement des formalités administratives prescrites par la loi du 30 juin 1838 ».

19- Cormenin, *Droit administratif*, Paris, Gustave Thorel et Pagnerre, tome 2, 5ème éd., 1840, p. 368. Cormenin renvoie à cet effet à deux décisions du Conseil d'Etat. La première du 16 mai 1834 (non trouvée au *Lebon*). La seconde du 19 juin 1838 (hasard de calendrier), *Gazeau*, Rec., p. 328 : en l'espèce un maire avait fait arrêter et écrouer un ouvrier n'ayant pas respecté un alignement pour bâtir sur la voie publique. En la circonstance, le maire ayant agi comme officier de police judiciaire, le juge judiciaire a dû surseoir à statuer jusqu'à ce que la mise en jugement soit autorisée par l'administration, ce qui fut accordé (parmi les termes de référence mis en exergue au Recueil, nous trouvons : « attentat à la liberté individuelle »).

ciaire n'a pas été choisi en tant que gardien naturel de la liberté individuelle. M. Vincent Touchard avance l'idée que le juge judiciaire a été choisi par le législateur, « tout simplement parce qu'il était encore à l'époque, d'une certaine manière, le *seul vrai juge* »[20]. Si Macarel avait pu, dans l'avertissement à ses *Eléments de jurisprudence administrative*[21], dresser un portrait peu flatteur de la portée des décisions du Conseil d'Etat, « généralement restées inconnues aux citoyens » et réservées « à un petit nombre d'adeptes », et donc de sa place dans le système juridictionnel, les choses avaient cependant évolué depuis les ordonnances de 1831puisque les garanties consacrées étaient analogues à celles de la procédure judiciaire (audiences publiques ; possibilité pour les avocats des parties de présenter des observations orales ; institution des commissaires du Roi, véritable ministère public...). Si le législateur a attribué, en la matière, compétence au juge judiciaire pour protéger la liberté individuelle, ce n'est pas en tant que protecteur naturel de celle-ci mais tout simplement parce que la justice administrative était, nous semble-t-il, disqualifiée pour plusieurs raisons. En premier lieu, comme le soulignait, en 1838, Vivien, lors des débats, la connaissance de telles affaires peut nécessiter des interrogatoires et des transports de juges, aussi il convenait de retenir une juridiction proche géographiquement de l'interné ; on conviendra que le choix du juge administratif eut été dès lors des plus étranges. En second lieu, et surtout, alors que la justice civile venait tout juste d'être réformée[22], la justice administrative était toujours dans l'expectative quant à son organisation et sa compétence voire son maintien. En effet, la Monarchie de Juillet avait vu arriver au pouvoir des adversaires de la juridiction administrative, dont certains avaient réclamé quelques mois plus tôt sa suppression. Le Conseil d'Etat était donc un juge, mais un juge mal-aimé et en sursis. Aussi, durant une grande partie de la Monarchie de Juillet, ont été menés des travaux pour réformer le Conseil d'Etat[23]. Si les ordonnances de 1831 avaient réformé le Conseil d'Etat, pour faire face aux plus vives critiques, et si l'ordonnance du 18 septembre 1839 était venue réaffirmer ces réformes, c'est seulement la loi du 19 juillet 1845, après de nombreux projets, qui consolida les acquis de 1831 et 1839 et qui montra que tout danger était écarté pour la juridiction administrative : « aussi les seuls débats importants qui précédèrent l'adoption de la loi ne portèrent-ils pas sur le maintien de la juridiction administrative »[24]. Quant aux conseils de pré-

20 - Vincent Touchard, *Le dualisme juridictionnel en matière d'hospitalisation d'office*, précité, p. 22.

21 - Louis-Antoine Macarel, *Eléments de jurisprudence administrative*, Paris, Dondey Dupré 1818 (*in* avertissement) ; il faut néanmoins noter que Macarel reproduisait cet avertissement en 1837, dans l'édition publiée à Bruxelles, Société typographique belge.

22 - Voir notamment, Osmin Benech, *Traité des justices de paix et des tribunaux civils de première instance*, Paris, Vidocq, 1838 et Victor Foucher, *Commentaire des lois des 25 mai et 11 avril 1838 relatives aux justices de paix et aux tribunaux de première instance*, Paris, Delamotte, 1839.

23 - Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative...*, tome 1, précité, pp. 235-240.

24 - *Ibidem*, p. 238. Sur cette réforme qui dura quatorze ans, voir A. de Vidaillan, *De la juridiction directe du Conseil d'Etat, de ses attributions et de sa composition*, Paris, Dufey, 1841 (la préface est particulièrement révélatrice des méfiances que suscitait le Conseil d'Etat au début des travaux parlementaires).

fecture, véritables juridictions d'exception à compétence limitée, leur réforme ne pouvait être entreprise avant celle du Conseil d'Etat... On peut comprendre dès lors, que ne sachant pas très bien ce qu'il comptait faire de la juridiction administrative, empêtré depuis plusieurs années dans des projets successifs de réforme du Conseil d'Etat, le législateur n'ait pas songé lors des discussions de la loi sur les aliénés à se tourner vers le juge administratif.

Section II – Le temps du dualisme juridictionnel

Cette compétence juridictionnelle exclusive au profit du juge judiciaire, acceptée plus ou moins clairement par le Conseil d'Etat, n'a pas résisté d'une part, à l'évolution de la juridiction administrative (loi de 1872, *Blanco* en 1873 et bien évidemment *Cadot* en 1889) et d'autre part, aux prises de position de la Cour de cassation. En effet, suivant en cela le Tribunal des conflits[25], la Cour de cassation, à propos de décisions préfectorales d'emprisonnement, et non d'internement d'office, a décidé que le juge judiciaire ne doit pas faire « obstacle à un acte administratif » et ne doit pas contrevenir au principe de la séparation des pouvoirs[26]. En outre, selon la Cour de cassation, l'autorité judiciaire ne pouvait connaître d'une action en dommages-intérêts fondée sur une faute de service commise à l'occasion de l'exécution d'un arrêté préfectoral ordonnant l'internement d'un aliéné[27]. La Cour de cassation laissait une place au juge administratif et celui-ci, débarrassé de tous carcans, était prêt à l'occuper.

§ 1 : Le dualisme conquis

En 1906, alors qu'aucun revirement de jurisprudence ne s'était encore produit, un auteur soutenait qu'en matière d'internement d'office « la décision du préfet est naturellement attaquable par la voie de l'excès de pouvoir »[28]. Le Conseil d'Etat lui donnera raison en 1911. Cette année-là, fidèle alors à sa pratique de l'*imperatoria brevitas*, le Conseil d'Etat a accepté de contrôler la régularité formelle d'un arrêté préfectoral ordonnant un placement tout en précisant « qu'il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des réclamations tendant à faire ordonner la sortie de toute personne placée dans un établissement d'aliénés »[29].

25 - Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, D. 1874.3.5, rendu aux conclusions David : « nous tenons que, depuis comme avant le décret du 19 septembre 1870, l'interdiction faite à l'autorité judiciaire de connaître des actes de l'autorité administrative subsiste dans toute sa force aussi bien dans les instances engagées contre les fonctionnaires publics que dans les procès entre particuliers ».

26 - C. cass., 3 août 1874, *Valentin c. Haas* et 8 février 1876, *Labadié c. veuve Gaillardon*, D. 1876.1.289 ; voir, en particulier, les conclusions Blanche, p. 297.

27 - C. cass., 16 novembre 1908, *Préfet de l'Aude c. Vié*, D. 1910.1.423. L'incompétence du juge judiciaire pour connaître des fautes de service était nettement admise, v., par exemple, Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative...*, précité, tome 1, p. 643.

28 - Jean Cruet, *Etude juridique de l'arbitraire gouvernemental et administratif*, Paris, Rousseau, 1906, p. 92.

29 - Conseil d'Etat, 21 juillet 1911, *Veuve Fervel et fils Fervel*, Rec., p. 844.

Cette décision est venue instaurer une combinaison du contrôle du juge administratif avec celui exercé jusqu'alors exclusivement par le juge judiciaire.
Le juge administratif va s'en tenir à un *contrôle de la régularité*, il vérifiera s'il ne peut être « justifié d'aucun vice de forme »[30], si l'hospitalisation « a été ordonné[e] par l'autorité compétente et effectué[e] après l'accomplissement des formalités prévues par la loi »[31]. Le contrôle de la régularité de l'acte par le juge administratif va donc porter classiquement sur la régularité de la procédure suivie, sur la motivation de l'acte[32], sur la compétence de l'auteur de l'acte ou encore sur le choix de l'établissement d'hospitalisation d'office[33].
Le juge judiciaire, quant à lui, sera chargé du *contrôle de la nécessité* : « l'autorité judiciaire a seule, en vertu de la loi du 30 juin 1838, compétence pour apprécier la nécessité de cette mesure et les conséquences qui peuvent en résulter »[34] ; à elle seule revient d'apprécier « le bien-fondé »[35] de la décision. Sur le fondement de la loi du 30 juin 1838, le Tribunal des conflits est venu, en 1946, consacrer cette répartition

30- Conseil d'Etat, 12 janvier 1912, *Sieur Gay*, Rec., p. 24.

31 - Conseil d'Etat, 9 juillet 1929, *Demoiselle Chazal*, Rec., p. 705.

32 - Voir Conseil d'Etat, 9 novembre 2001, *D.*, Rec., p. 547 : « Considérant que pour estimer que le moyen tiré du défaut de motivation de l'arrêté contesté du 23 mai 2001 n'était pas propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de cette décision, le juge des référés s'est fondé sur la circonstance que deux certificats médicaux établis par le psychiatre du centre hospitalier accueillant M. X..., dont un seul est d'ailleurs visé par l'arrêté contesté, indiquaient de manière suffisante les circonstances de fait justifiant le maintien de l'hospitalisation ; qu'en estimant que l'arrêté contesté pouvait légalement se borner à se référer à un certificat médical qui n'était pas joint à la décision, le juge des référés a entaché son ordonnance d'erreur de droit ; qu'ainsi, l'ordonnance attaquée doit être annulée ».

33- Il existe sur ce contrôle de régularité un très grand nombre de décisions d'espèce, on peut citer par exemple : pour le contrôle de la motivation Conseil d'Etat, 16 novembre 1984, *Léoni* (Rec. Tables, pp. 477-516-519-691-747-781) ou encore Conseil d'Etat, 1er avril 2005, *Mme L.*, précité. Dans sa décision *Mme L.*, le Conseil d'Etat est venu préciser qu'il résulte des dispositions du code de la santé publique, « combinées avec les stipulations de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, que l'autorité administrative, lorsqu'elle prend un arrêté d'hospitalisation d'office, doit, d'une part, indiquer dans sa décision les considérations de droit et les circonstances de fait qui justifient cette mesure, d'autre part, une fois la décision prise, informer le plus rapidement possible de ces motifs la personne intéressée, d'une manière appropriée à son état ; que, si la méconnaissance de la première obligation entache d'illégalité la décision d'hospitalisation d'office et entraîne son annulation par le juge de l'excès de pouvoir, le défaut d'accomplissement de la seconde, qui se rapporte à l'exécution de la mesure de placement d'office, est en revanche sans influence sur sa légalité ».
Pour une vision d'ensemble de la compétence du juge administratif à l'égard des décisions d'hospitalisation d'office, voir, par exemple, sous réserve de certaines évolutions, René Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchretien 15ème éd., 2001, p. 845.
Il faut noter que le juge administratif avait reconnu sa compétence pour contrôler aussi la régularité des transferts des personnes ayant fait l'objet d'une hospitalisation d'office : « considérant que la contestation de l'acte par lequel le préfet décide qu'une personne atteinte de troubles mentaux, qui a fait l'objet d'un placement d'office dans un établissement d'hospitalisation spécialisé, doit être transférée dans un autre établissement est soumise à des règles de répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, identiques à celles applicables au régime du placement d'office, dans la mesure où le transfert est le corollaire d'un tel placement ; considérant qu'il suit de là que s'il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire d'apprécier le bien-fondé d'une décision de transfert, le juge administratif est compétent pour connaître de sa régularité », Conseil d'Etat, ord., 14 octobre 2004, req. 273047, Rec. Tables, p. 625-633-880.

34- Conseil d'Etat, 9 juillet 1929, *Demoiselle Chazal*, précité.

35 - Conseil d'Etat, 8 juin 1932, *Demoiselle Laffite*, Rec., p. 555. Parmi les très nombreuses décisions d'espèce, on peut citer : Conseil d'Etat, 7 novembre 1969, *Sieur Trofimoff dit Ducros-Trofimont*, Rec., p. 480 ou encore 16 novembre 1984, *Mme Dufour*, Rec., p. 59.

des compétences : « s'il appartient à la juridiction administrative de connaître de la régularité de la décision administrative par laquelle l'autorité préfectorale ordonne un internement dans un établissement d'aliénés, l'autorité judiciaire est seule compétente, en vertu de la loi du 30 juin 1838, pour apprécier la nécessité de cette mesure et les conséquences qui peuvent en résulter »[36]. Une telle solution, dont l'arrêt du Conseil d'Etat du 1er avril 2005 (*Mme L.*[37]) donnait l'impression qu'elle était inébranlable, avait, pour reprendre la formule du professeur René Chapus, « l'inconvénient de dissocier ce qui constitue un tout »[38]. Cette répartition des compétences pouvait, à certains égards, paraître ubuesque, puisque le juge administratif pouvait annuler une décision d'hospitalisation d'office irrégulière mais, n'étant pas compétent pour apprécier le bien-fondé de la mesure, contrairement au juge judiciaire, il ne pouvait bien évidemment pas en prononcer la mainlevée. Comme le soulignaient, dès 2005, Mme Landais et M. Lenica, on peut se demander « quel intérêt a le juge administratif à conserver une compétence où, précisément, ne peuvent lui être soumis que les moyens qui, même fondés, n'auront pas d'incidence sur le sort du requérant »[39]. Les choses avaient évolué récemment, ajoutant somme toute à la confusion et à la complexité des choses, puisque la haute juridiction administrative, en 2010, avait reconnu compétence au juge des référés, saisi dans le cadre de la procédure de référé-liberté, d'enjoindre à l'administration de mettre fin à une mesure d'hospitalisation d'office entachée d'irrégularités : « le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes a estimé que, hormis le cas où l'atteinte à une liberté fondamentale autre que la liberté d'aller et venir était invoquée, il ne lui appartenait pas d'enjoindre à l'administration de mettre fin à l'hospitalisation d'office du requérant, dès lors que seul le juge judiciaire peut se prononcer sur le bien-fondé d'une telle mesure qui, par nature, est privative de la liberté d'aller et venir ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le juge des référés a, ce faisant, commis une erreur de droit ; que son ordonnance doit, pour ce motif, être annulée »[40]. Se faisant, le juge administratif continuait sa progression pleine d' « embarras »[41], ne pouvant pas grand-chose par lui-même, après l'application du référé-suspension à une hospitalisation d'office (2001) puis du référé-liberté à un transfert d'une personne ayant fait l'objet d'une hospitalisation d'office (2004)[42]. Progression embarrassée car le Conseil d'Etat a rejeté la demande, dans

36 - Tribunal des conflits, 6 avril 1946, *Machinot c. Préfet de police*, Rec., p. 326.

37- Voir, not., AJDA 2005, p. 1231, précité ; RDSS 2005, p. 450, note T. Fossier ; RTDciv 2005, p. 573, note J. Hauser ; LPA 2005, n° 201, p. 4, note F. Malleray.

38- René Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, précité, p. 861.

39 - Commentaire sous Conseil d'Etat, 1er avril 2005, *Mme L.*, AJDA 2005, précité.

40 - Conseil d'Etat, 1er avril 2010, req. 335753.

41 - Nous reprenons ici le mot employé par Mme Landais et M. Lenica dans leur commentaire précité à l'AJDA 2005.

42 - Respectivement, Conseil d'Etat, 9 novembre 2001, req. 235247, Rec., p. 547 et 14 octobre 2004, req. 273047, précité.

l'affaire de 2001, sur le terrain de l'absence d'urgence ; dans celle de 2004, sur le terrain de l'absence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ; tout comme dans celle de 2010.
Les parlementaires ont perçu dans les règles de compétence relatives au contentieux de l'hospitalisation d'office un « désordre des deux ordres »[43].

§ 2 : L'hospitalisation d'office et le juge : un dédale juridictionnel

Il faut reconnaître que la répartition de la compétence juridictionnelle en matière de contentieux lié à l'hospitalisation d'office pouvait paraître complexe aux yeux des principaux intéressés (et, au-delà, aux yeux de tous). En effet, à côté du contentieux des décisions mêmes d'hospitalisation d'office, partagé entre les deux ordres juridictionnels, d'autres contentieux viennent se greffer.
En premier lieu, on trouve la question de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat à raison des préjudices causés par les décisions d'hospitalisation d'office. Initialement existait ici aussi un partage de compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif. Le juge judiciaire était compétent pour la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat lorsque le préjudice était dû à une décision ne paraissant pas bien-fondée ou lorsque le préjudice était dû à une faute commise durant le séjour dans l'établissement. Le juge administratif était compétent pour connaître de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat du fait de l'irrégularité de la décision d'hospitalisation même. Comme l'avait résumé, en 1995, le Tribunal des conflits, « si l'autorité judiciaire est seule compétente (...) pour apprécier la nécessité d'une mesure de placement d'office en hôpital psychiatrique et les conséquences qui peuvent en résulter, il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative qui ordonne le placement, et, le cas échéant, les conséquences dommageables (...) des fautes du service public qui auraient pu être commises à cet égard »[44]. La compétence en matière de responsabilité suivait donc celle en matière de décision d'hospitalisation d'office (*régularité* ou *nécessité*). Nous avions là aussi un dualisme juridictionnel. Mais, en 1997, le Tribunal des conflits, afin de simplifier une distribution des compétences juridictionnelles complexe pour les justiciables, est venu unifier, entre les mains du juge judiciaire, le contentieux de la responsabilité du fait des décisions de placement d'office : « considérant que si l'autorité judiciaire est seule compétente (...) pour apprécier la nécessité d'une mesure de placement d'office en hôpital psychiatrique et les conséquences qui peuvent en résulter, il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative qui ordonne le placement ; que lorsque cette dernière s'est prononcée sur ce point, l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur les conséquences dommageables de

43 - Jean-René Lecerf, Avis, Doc. Sénat (2011-2012), n° 477, p. 33.

44 - Tribunal des conflits, 27 novembre 1995, *Préfet de Paris c. Melle Boucheras* , Rec., p. 503 ; D. 1996, p. 285, note J.-S. Cayla ; Dr. adm. 1996, n° 68 ; RFDA 1996, p. 151.

l'ensemble des irrégularités entachant la mesure de placement d'office »[45]. Cependant, le Tribunal des conflits n'avait pas été aussi loin que le souhaitait le commissaire du Gouvernement qui préconisait « d'admettre que le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ne peut plus être traité aujourd'hui comme une dérogation à interpréter strictement mais doit être tenu pour un principe constitutionnel qui ne saurait s'effacer devant d'autres règles de compétence d'origine jurisprudentielle sans véritable justification juridique ». En application de cette solution, suite à l'annulation pour irrégularité de l'acte, prononcée par le juge administratif, le juge judiciaire, saisi de la question de la responsabilité de l'Etat, peut, sans méconnaître sa propre compétence, statuer sur la créance en réparation sans avoir à se prononcer lui-même sur la nécessité médicale de la mesure, la décision d'annuler cette mesure, prononcée antérieurement par le juge administratif, ayant autorité de chose jugée[46].

En second lieu, on trouve le contentieux relatif aux refus d'hospitalisation d'office par les préfets. De telles décisions relèvent de la compétence du juge administratif, alors même que la contestation porte souvent sur le bien-fondé de ce refus[47]. Fort logiquement, le juge administratif est ici compétent pour les actions mettant en jeu la responsabilité de l'Etat en raison des préjudices résultant du refus de prononcer l'hospitalisation d'office[48]. Il y a fort à penser, alors même que le bien-fondé des décisions explicites ou implicites en cause devait être apprécié par le juge, que la compétence de l'ordre administratif a été retenue car ces décisions ne portent nullement atteinte (et pour cause...) à la liberté individuelle[49].

En troisième lieu, on trouve la question de la compétence juridictionnelle en matière de mainlevée. En 2006, le Tribunal des conflits était venu préciser l'ordre de juridiction compétent, au bénéficie du juge administratif, pour apprécier le bien-fondé d'une mesure par laquelle le préfet met fin à une hospitalisation d'office : « s'il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision adminis-

45- Tribunal des conflits, 17 février 1997, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris*, Rec., p. 524 ; JCP, éd. G, 1997, n° 22885, concl. J. Sainte-Rose.

46- Cass. 1ère civ., 31 mars 2010, Bull., n° 77 (obs. E. Putman, Revue Juridique Personnes et Famille, 2010, n° 6, p. 15) et 23 juin 2010, Bull., n° 141 : lorsque l'action est engagée devant le juge administratif en raison de l'irrégularité de la mesure, le point de départ de la prescription quadriennale est la date de la décision d'annulation ; de plus, le préjudice réparable ne se limite pas au seul préjudice moral né de l'irrégularité mais il va comprendre l'ensemble des préjudices consécutifs à cette privation de liberté en dehors de toute appréciation de la nécessité médicale de la mesure.

47 - Conseil d'Etat, 13 janvier 1971, *Sieur Planchon*, Rec., p. 33.

48 - Conseil d'Etat, 23 janvier 1931, *Dame et demoiselle Garcin c. Ministre de l'intérieur*, Rec., p. 91 : «(...) en négligeant d'user de ses pouvoirs pour sauvegarder la sûreté des personnes comme l'article [18 de la loi du 30 juin 1838] précité lui en faisait l'obligation, à la suite des instances répétées, par lesquelles il aurait été mis en demeure de prendre les mesures nécessaires, le préfet (...) a commis une faute lourde, engageant la responsabilité de l'Etat ». Voir aussi, Conseil d'Etat, 26 janvier 1979, *Cts Bourgaux*, Rec., p. 30 ainsi que, du même jour, *Cts Scheid*, req. 99881 et *Cts Lavaud et autres*, req. 99910.

49 - Si en 1838 le critère de la protection de la liberté individuelle n'a nullement justifié le choix du juge judiciaire par le législateur, l'article 66 de la Constitution est venu affirmer au grand jour cette mission (voir *supra* note 18).

trative ordonnant l'hospitalisation d'office, prise par le préfet en application des dispositions de l'article L. 3213-1 du code de la santé publique, et à la juridiction judiciaire d'apprécier la nécessité d'une telle mesure, la décision par laquelle le préfet met fin à une hospitalisation d'office a le caractère d'une mesure de police administrative qui ne porte pas atteinte à la liberté individuelle, dont il appartient à la juridiction administrative d'apprécier tant la régularité que le bien-fondé »[50]. La mesure de police administrative spéciale qu'est la mainlevée ne portant pas atteinte à la liberté individuelle, il n'y a, pour le tribunal des conflits, aucune raison pour que le juge administratif ne puisse en apprécier la légalité[51].

***

Complexe et difficilement compréhensible par les justiciables, mais aussi par les professionnels du droit, puisque, lors des débats législatifs, un député, rapporteur pour avis, affirmait qu'« environ la moitié des recours actuellement portés devant le juge administratif sont rejetés au motif qu'ils portent sur le bien-fondé de la mesure d'hospitalisation »[52], la répartition des compétences juridictionnelles devait être simplifiée. Désormais, la régularité des décisions d'hospitalisation d'office relèvera de la compétence du juge judiciaire ; celui-ci étant chargé du contrôle de la nécessité et de la régularité (légalité externe et légalité interne). Mais bien évidemment, cette réforme ne revient pas à mettre le juge administratif hors les murs des établissements psychiatriques[53] puisque, poursuivant le mouvement d'unification entamé par le Tribunal des conflits, dans sa décision du 17 février 1997, en matière de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat, le législateur n'a fait qu'unifier entre les mains du juge judiciaire le contentieux de la régularité « des décisions administratives prises en application des chapitres II à IV » (concernant l'hospitalisation sur décision préfectorale : hospitalisation, levée de la mesure de soins, transfert, autorisation de programme de soins, mainlevée...). Mais, le juge administratif est venu préciser avec force à l'été 2012 « que le législateur a entendu donner compétence à l'autorité judiciaire pour apprécier le bien-fondé de toutes les mesures de soins psychiatriques sans consentement, qu'elles portent atteinte à la liberté individuelle ou non »[54]...

---

50 - Tribunal des conflits, 26 juin 2006, *Président du Conseil de Paris c. Préfet de police de Paris*, Rec., p. 634 ; à ce propos, v. le rapport annuel 2006 du Tribunal des conflits, p. 13. On voit ici la mise en avant de la protection de la liberté individuelle.

51 - De même le juge administratif a reconnu sa compétence, lorsque la responsabilité de l'Etat était recherchée suite à la libération, par arrêté préfectoral, d'une personne hospitalisée d'office (ici aussi, c'est le bien-fondé de la décision qui doit être apprécié par le juge).Conseil d'Etat, 31 décembre 1976, *Hôpital psychiatrique de Saint-Egrève*, 31 décembre 1976, Rec., p. 584.

52 - Doc. Sénat, séance du 13 mai 2011, 1ère lecture (discussion sous l'amendement n° 34).

53 - Voir pour illustration, CAA Bordeaux, 6 novembre 2012, req. 11BX01790 (à propos du recours d'un patient, hospitalisé sans consentement, contre le règlement intérieur de l'unité interdisant les relations de nature sexuelle).

54 - Conseil d'Etat, ord., 16 juillet 2012, *Centre hospitalier spécialisé Guillaume Régnier*, req. 360793, AJDA 2012, p. 2035, v. dans cet ouvrage l'article de J. Flauss-Diem.

LE JUGE DES LIBERTES ET DE LA DETENTION ET LA PSYCHIATRIE

Bruno Py
Professeur à l'Université de Poitiers
ISC-EPRED EA1228

L'histoire et l'enfermement des insensés. Toute société humaine est confrontée à la question de la cohabitation de la raison et de la déraison. Certaines réussissent à concilier le sensé et l'insensé, d'autres les séparent. « Dans l'histoire de la folie, deux événements signalent cette altération avec une singulière netteté : 1657, la création de l'Hôpital général, et le «grand renfermement» des pauvres ; 1794, libération des enchaînés de Bicêtre. Entre ces deux événements singuliers et symétriques, quelque chose se passe, dont l'ambiguïté a laissé dans l'embarras les historiens de la médecine : répression aveugle dans un régime absolutiste, selon les uns, et, selon les autres, découverte progressive, par la science et la philanthropie, de la folie dans sa vérité positive »[1]. Le choix de l'enfermement est généralement fondé sur la protection de la sécurité publique et le plus souvent réclamé par les proches de l'individu perturbé. L'Ancien régime connaissait les lettres de cachet que la Révolution décida d'abolir. Si la mythologie retient l'idée d'un instrument d'arbitraire politique, la réalité était que les lettres de cachet permettaient principalement aux familles de demander le «renfermement des insensés»[2].

1 - Michel Foucault, *Folie et Déraison. Histoire de la folie à l'âge classique*, Préface, Hambourg, le 5 février 1960. Paris, Plon, 1961, pp. I-XI.

2 - «Plus de 90% des lettres de cachet sont demandées par les familles qui doivent expliquer longuement dans un "placet", qui sera suivi d'enquête, pourquoi elle sollicite l'autorité du roi pour faire enfermer dans l'une des quelques 500 maisons de force du royaume (...) son insensé qui casse tout dans la maison. A la fin du XVIII° siècle, la lettre de cachet tend à devenir, de la volonté même de Versailles, le mode unique d'internement des insensés et devient, même si cela peut paraître aujourd'hui paradoxal en raison de la légende noire, une garantie contre l'arbitraire non pas du roi, mais des familles.», Claude Quetel, D'où vient la loi de 1838 sur les aliénés ?, Revue L'histoire, n°116, nov. 1988, pp.73-74. Cf aussi Arlette Farge et Michel Foucault, *Le Désordre des familles, présentation de Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Collection Archives, Gallimard Julliard, 1982 ; Claude Quétel, *De par le Roy. Essai sur les lettres de cachet,* Privat, Toulouse, 1982.

La loi de 1838 et l'internement des aliénés. Les premiers signes de législation globale en matière de santé peuvent être trouvés en matière de prévention des risques sanitaires collectifs. Pour ne prendre que la période post-révolutionnaire, la loi du 16 août 1790 sur le nettoiement des immeubles insalubres, correspond à des préoccupations sanitaires, illustration du catholicisme social et de l'hygiénisme scientifique de l'époque. La loi sur les aliénés n° 7443 du 30 juin 1838, promulguée sous le règne du roi Louis-Philippe, traite des institutions et de la prise en charge des malades mentaux[3]. La loi de 1838, inspirée par Jean-Etienne Esquirol, obligeait chaque département à faire construire un asile et définissait les modalités d'internement. Il faut noter que les médecins pouvaient dès lors priver les aliénés de liberté. « L'aliéniste dans son asile apparaît donc comme un personnage qui cumule des fonctions d'administrateur, de juge, d'expert, de thérapeute et de savant »[4]. L'internement pour cause de trouble à l'ordre public devenait légalement possible. Le célèbre Albert Londres, dans un reportage en 1925 intitulé « chez les fous », qualifiera cette loi de « loi de débarras »[5]. En matière de santé publique, jusqu'à la deuxième partie du 20ème siècle, l'heure est plutôt à la protection de l'intérêt général qu'à la défense des libertés individuelles[6].

La loi de 1990 et l'hospitalisation des personnes victimes de troubles mentaux. La loi n°90-527 du 27 juin 1990, dite « loi Evin », consacre les droits des personnes hospitalisées contre leur gré mais conserve toutefois les deux modes d'hospitalisation sans consentement prévus par la loi de 1838 : le placement d'office est remplacé par l'hospitalisation d'office et le placement volontaire cède la place à l'hospitalisation à la demande d'un tiers[7]. La liberté est le principe, la privation de liberté reste l'exception. «Nul ne peut être sans son consentement ou, le cas échéant, sans celui de son représentant légal, hospitalisé ou maintenu en hospitalisation dans un établissement accueillant les malades atteints de troubles mentaux, hormis les cas prévus par la loi (...) »[8].

Loi du 4 mars 2002 et le renforcement de la médicalisation. Cette loi a eu pour conséquence de renforcer, en matière d'hospitalisation

3 - Cyril Reich, *L'application de la loi du 30 juin 1838 à l'Asile départemental de Maréville (Meurthe)*, Thèse d'Histoire du Droit, Université Nancy 2, juin 2004.

4 - Jacqueline Carroy, Annick Ohayon et Régine Plas, *Histoire de la psychologie en France, Grands repères*, La Découverte, 2006, p. 21.

5 - « La loi de 38 n'a 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'est une loi de débarras. » Ou encore « La loi de 1838, en déclarant le psychiatre infaillible et tout-puissant, permet les internements arbitraires et en facilite les tentatives. [...] Sous la loi de 1838, les deux tiers des internés ne sont pas de véritables aliénés. D'êtres inoffensifs, on fait des prisonniers à la peine illimitée. », Denis Poizat « Chez les fous », hommage à Albert Londres, Reliance 1/2006 (n° 19), p. 7-8.

6 - Comme le montrent les législations sur les maladies vénériennes, l'alcoolisme, et autres « fléaux sociaux » (sic). Cf Bruno Py, Le Code de la santé publique dans le temps et l'espace, *Mélanges Christian Dugas*, PUN, 2008, pp.169-184.

7 - Jean-Simon Cayla, La protection des malades mentaux, R.T.D.S.soc 1990, p. 619.

8 - Art. L. 326-1 al.1 CSP tel que découlant de la loi du 27 juin 1990.

d'office, le caractère médical de la décision administrative, prise par le préfet. L'article L.3213-1 du Code de la santé publique n'autorise désormais l'hospitalisation d'office que 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 ». Mesure de sûreté plus que d'assistance aux aliénés sous la loi de 1838, l'hospitalisation d'office est devenue, avec la loi du 4 mars 2002, une mesure principalement sanitaire. En ajoutant un critère complémentaire au trouble grave à l'ordre public ou à la sûreté des personnes, le critère de « troubles nécessitant des soins », la loi subordonne l'éventuelle privation de liberté à la possibilité d'une prise en charge thérapeutique.

L'essor contemporain de la protection des libertés individuelles s'est juridiquement concrétisé par une implication croissante du juge judiciaire dans le contrôle de l'hospitalisation psychiatrique. La loi du 5 juillet 2011 a étendu la compétence du juge judiciaire, outre l'hospitalisation *stricto sensu*, aux mesures de soins psychiatriques hors hospitalisation. Il est important de montrer pourquoi le juge des libertés et de la détention contrôle les soins et hospitalisations psychiatriques (section I), avant d'exposer comment le juge des libertés et de la détention contrôle les soins et hospitalisations psychiatriques (section II).

Section I - Pourquoi le juge des libertés et de la détention contrôle-t-il les soins et hospitalisations psychiatriques ?

Défini comme un processus au cours duquel « un traitement juridique ou judiciaire se substitue à un autre mode de régulation sociale »[9], le phénomène de la judiciarisation de la société peut avoir plusieurs origines. La judiciarisation du contrôle de l'hospitalisation psychiatrique a été impulsée par la CEDH (§ 1) avant d'être imposée par le Conseil constitutionnel (§ 2).

§ 1 : Une judiciarisation impulsée par la CEDH (dès 1979)

Privation de liberté et hiérarchie des normes. La protection de l'ordre public et la protection du malade nécessitent parfois que le sujet soit privé de sa liberté. Or, toute privation de liberté ne peut résulter que d'une loi, dont le respect est contrôlé par l'autorité judiciaire[10]. La licéité de toute hospitalisation sous contrainte dans un établissement psychiatrique repose sur la loi. L'hospitalisation non consentie a toujours été placée sous le contrôle du juge et en l'occurrence du tribunal adminis-

9 - Jean-Paul Jean, La judiciarisation des questions de société, Après-demain, 398, oct-nov 1997, p. 21.

10 - « Art. 7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. », Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789, « Nul ne peut être arbitrairement retenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe », Constitution de la 5ème République du 4 octobre 1958, art. 66.

tratif pour la régularité de l'acte et du juge judiciaire, pour son caractère justifié. C'est bien parce qu'existait ce contrôle du juge judiciaire, pouvant être exercé à tout moment, que le système était légal[11].

Une judiciarisation antérieure à la loi de 2011. C'est la loi n°81-82 du 2 février 1981, dite «Sécurité et liberté » qui a contribué à renforcer les droits des personnes hospitalisés sans leur consentement en imposant au président du tribunal de grande instance, saisi d'une demande de mainlevée d'une décision d'hospitalisation, d'organiser un débat contradictoire et de motiver sa décision, l'autorisant par là même à assurer un contrôle rigoureux de l'action de l'administration[12]. Cette évolution s'expliquait par l'impact de l'arrêt Winterverp contre Pays-Bas du 24 octobre 1979, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme[13], qui avait insisté sur la nécessité, pour la personne placée sous un régime privatif de liberté en hôpital psychiatrique, de pouvoir contredire les constatations médicales et sociales fondant la mesure. Depuis 1981, le juge judiciaire doit s'assurer, de l'existence d'une décision conforme aux articles du Code de la santé publique, mais aussi d'un ou plusieurs certificats médicaux qui fondent la décision administrative après examen médical, enfin et surtout que les circonstances justifient une telle mesure. C'est encore la loi du 2 février 1981 qui tint compte des exigences de l'article 5 §4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en énonçant que le juge judiciaire devait statuer « en la forme des référés », insistant ainsi sur l'urgence à statuer[14].

Une compétence du juge naturel. La loi n° 2000-516 du 16 juin 2000, relative à la protection de la présomption d'innocence et aux droits des victimes, a institué un juge des libertés et de la détention (JLD) auquel elle a confié, en première instance, le contentieux de la privation de liberté, qui relevait précédemment, du Président du tribunal de grande instance ou son délégataire. Le JLD avait vocation à devenir le juge naturel de toutes les privations de liberté donc du contentieux de l'hospitalisation sous contrainte[15]. Ce magistrat a trouvé sa place non seulement

11 - Jasna-Hadley Stark et Philippe Bernardet, Les pouvoirs des juges de l'urgence en matière d'internement psychiatrique d'office, JCP, éd. G. 2005, II, 10015.

12 - Jean-Louis Deschamps La judiciarisation de la psychiatrie, Synapse n° 236 de mai-juin 2008 ; Claire Maugey, Jasna Stark, *Droit et hospitalisation psychiatrique sous contrainte*, L'Harmattan 2009.

13 - CourEDH, Winterverp c/ Pays-Bas, 24 octobre 1979, série A, n° 33, p. 24, par. 60.

14 - L'article 5 § 4 de la convention impose en effet une décision « à bref délai ». Sur les implications de cette prescription sur les modalités de saisine du juge libérateur, voir Bertrand LOUVEL, « Le régime procédural de l'art. L. 351 du Code de la santé publique », Gazette du Palais, 8 – 10 mars 1998, pp. 2 –17. Thierry Fossier, conseiller à la Cour de cassation et professeur associé des universités, insiste sur le rapprochement des dispositions du Code de la santé publique et de la Convention européenne des droits de l'homme : « les dispositions conjointes de droit interne et de droit européen, qui imposent les unes et les autres de statuer au plus vite » justifiaient, en un tel cas, l'admission de l'appel-nullité. » Thierry Fossier, Les conditions de la mainlevée d'une hospitalisation psychiatrique d'office, CA Paris, 1re ch. B, 17 juin 2004, JCP, éd. G., n° 39, 22 septembre 2004, p. 1641.

15 - Samira Boudiba, *Le juge des libertés dans la procédure pénale. Etude comparée franco-italienne*, Thèse, Université de Nancy II, 2006 ; Pauline Le Monnier de Gouville, *Le juge des libertés et de la détention*, Thèse, Paris 2, 2011.

en procédure pénale, pour statuer sur les demandes de mise en liberté pendant l'instruction préparatoire, et en procédure administrative, pour statuer sur la situation des étrangers maintenus en rétention administrative par le préfet en vue d'être reconduits à la frontière, mais encore dans le contentieux de la santé publique, en matière d'hospitalisation psychiatrique, privative de liberté.

Une unification de contentieux en 2011. La loi du 5 juillet 2011 a mis un terme à la dualité de compétences existant entre les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif concernant le contentieux de l'hospitalisation sans consentement[16]. Jusqu'alors les juridictions administratives étaient compétentes pour apprécier la régularité des arrêtés d'hospitalisation d'office, alors que le juge judiciaire devait connaître du contentieux de la nécessité, ainsi que des conséquences dommageables liées à une hospitalisation d'office[17]. L'article L. 3216-1 du Code de la santé publique, créé par la loi, unifie, à compter du 1er janvier 2013, le contentieux au profit du juge judiciaire en prévoyant que la régularité des décisions administratives prises en matière de soins psychiatriques sans consentement ne peut être contestée que devant le juge judiciaire[18].

§ 2 : Une judiciarisation imposée par le Conseil constitutionnel (dès 2010)

L'inconstitutionnalité de la loi de 1990. Par décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article L.337 du code de la santé publique (devenu entre temps art. L.3212-7 du même code) au motif qu'en prévoyant qu'une hospitalisation sans consentement (HDT) pouvait être maintenue au-delà de 15 jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, ce texte méconnaissait les exigences de l'article 66 de la Constitution[19]. La décision décidait de ne prendre effet de cette déclaration d'inconstitutionnalité qu'au 1er août 2011 afin de permettre au législateur d'y remédier. Par avis du 15 février 2011, publié au Journal officiel du 20 mars 2011, relatif à certaines modalités de l'hospitalisation d'office, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a considéré que le juge judiciaire devait davantage jouer son rôle. Enfin, par une décision du 9 juin 2011, le Conseil constitutionnel qui était saisi de deux questions prioritaires de constitutionnalité, a

16 - Olivier Dupuy, *Droit et psychiatrie : La réforme du 5 juillet 2011 expliquée*, Heures de France, Guide d'exercice professionnel 2011.

17 - Tribunal des conflits, 17 février 1997, n° 03045, Préfet de la région Île-de-France, Préfet de Paris, Les grandes décisions du droit médical, François Vialla (dir.), LGDJ, 2009, p. 420, note Jean-Philippe Vauthier.

18 - Jean-Philippe Vauthier, De la nouveauté en psychiatrie, Lamy santé octobre 2011, chron. n°110 ; Aude Farinetti, L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011, RDsan.soc. 2012, p.111.

19 - Annabelle Pena, Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne, RFDA 2011 p. 951 ; Mathias Couturier, 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.

déclaré à nouveau contraires à la Constitution les dispositions des articles L. 3213-1 et L.3213-4 du code de la santé publique en ce qu'elles ne prévoyaient pas un contrôle judiciaire suffisant des hospitalisations d'office, renvoyant également au 1er août 2011 la prise d'effet de sa décision. L'aiguillon était dans les reins du législateur.

Le législateur entérine la nécessaire judiciarisation. C'est au terme d'une procédure parlementaire mouvementée et inédite que s'est achevé le feuilleton législatif qui avait débuté le 5 mai 2010 par le dépôt à l'Assemblée nationale du 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. Avant même sa discussion à l'Assemblée nationale, le projet a dû être rectifié par le gouvernement pour tenir compte des exigences formulées par le Conseil constitutionnel[20]. De surcroît, le processus législatif fut ponctué de deux condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme[21]. Cette procédure bousculée donna naissance à la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 (JO 6 juill.) relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge. Cette loi a été complétée par trois décrets et trois circulaires[22].

Le JLD au cœur du dispositif. Une des principales innovations de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 est de prévoir un contrôle systématique par le JLD du bien-fondé de toutes les décisions d'hospitalisation complète sans consentement. Il s'agit de la réponse à l'inconstitutionnalité du fait que « l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire »[23]. Toutefois l'empire de la loi du 5 juillet 2011 a été étendu au delà de l'hospitalisation pour englober les mesures de soins psychiatriques. L'existence du JLD est récente. L'envergure de cette nouvelle fonction judiciaire se déploie sous nos yeux. Tout laisse à penser que le regroupement des compétences en matière de contrôle des mesures

20 - Cécile Castaing, Pouvoir administratif *versus* pouvoir médical ? AJDA 2011 p. 2055.

21 - CEDH, 18 nov. 2010, aff. 35935/03, Baudoin c/ France ; CEDH, 14 avr. 2011, aff. 35079/06, Patoux c/ France.

22 - 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 ; relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques ; relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge ; relatif aux dispositions d'application en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie 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 ; 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 ; relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge ; relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge. Textes auxquels on ajoutera des instructions adressées aux greffes le 18 août 2011 par la direction des services judiciaires.

23 - Conseil constitutionnel, 26 nov. 2010, n° 2010-71QPC, considérant 25 ; Conseil constitutionnel, 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC, considérant 13.

privatives ou restrictives de liberté est un progrès[24]. Il importe néanmoins d'étudier comment se contrôle peut s'exercer.

Section II - Comment le juge des libertés et de la détention contrôle-t-il les soins et hospitalisations psychiatriques ?

Le principe du contrôle par le JLD étant acquis, il reste à déterminer comment il peut être saisi (§ 1), et comment celui-ci peut exercer concrètement son contrôle (§ 2).

§ 1 : Comment saisir le JLD ?

Saisine facultative. S'agissant du contrôle judiciaire des mesures de soins, la loi du 5 juillet 2011 comporte une première extension du rôle du juge des libertés et de la détention : le JLD devra désormais se prononcer, dans le cadre de l'examen des recours facultatifs, sur toute mesure de soins dont il sera saisi, quand bien même celle-ci ne s'exécuterait pas sous le régime de l'hospitalisation complète. Cette saisine de plein droit est ouverte largement[25] et peut aboutir à une décision de main-levée de la mesure de soin, ordonnée par le JLD[26].

Saisine obligatoire. En cas d'hospitalisation complète (ordonnée aussi bien par le directeur d'établissement sur demande d'un tiers que par le préfet ou par l'autorité judiciaire[27]), le JLD interviendra obligatoirement au plus tard dans les quinze jours de l'hospitalisation, puis avant l'expiration de chaque échéance de six mois[28]. « Le juge des libertés et de la détention ordonne, s'il y a lieu, la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète »[29].

---

24 - *Contra*, cf. le Point de vue de l'avocat Jacques Vergès : Le JLD ? Un imposteur ! Ecrivez une thèse et dénoncez le !, *incipit* de Pauline Le Monnier de Gouville, *Le juge des libertés et de la détention*, Thèse, Paris 2, 2011.

25 - Art. L. 3211-12, al. 2, CSP.

La saisine peut être formée par : 1° La personne faisant l'objet des soins ; 2° Les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur si la personne est mineure ; 3° La personne chargée de sa protection si, majeure, elle a été placée en tutelle ou en curatelle ; 4° Son conjoint, son concubin, la personne avec laquelle elle est liée par un pacte civil de solidarité ; 5° La personne qui a formulé la demande de soins ; 6° Un parent ou une personne susceptible d'agir dans l'intérêt de la personne faisant l'objet des soins ; 7° Le procureur de la République.

26 - José Coelho, Soins psychiatriques et juge des libertés et de la détention, LEH, novembre 2011, p. 36.

27 - Lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce, en application de l'article 122-1 du code pénal, un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, elle peut, par décision motivée, rendue aussitôt en la forme d'une ordonnance signée par le président et le greffier (art. D. 47-29 al.1 CPP), ordonner l'admission en soins psychiatriques de la personne sous la forme d'une hospitalisation complète s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure 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 (art. 706-135 nouveau CPP).

28 - « L'hospitalisation complète d'un patient ne peut se poursuivre sans que le juge des libertés et de la détention, préalablement saisi par le directeur de l'établissement (...) ou par le représentant de l'Etat dans le département (...) n'ait statué sur cette mesure (...). » art. L. 3211-2-1, al. 1, CSP.

29 - Art. L. 3211-2-1, §3, CSP.

Saisine systématique. A cette saisine obligatoire, s'ajoutera la saisine systématique du juge si, au-delà du quinzième jour de l'admission en hospitalisation complète, le représentant de l'Etat dans le département n'ordonne pas la levée de la mesure alors qu'un psychiatre atteste que les conditions ayant justifié cette hospitalisation ne sont plus remplies[30].

Saisine d'office. Le JLD peut également se saisir d'office à tout moment. A cette fin, toute personne intéressée (proches, amis, collègues, professionnel de santé, travailleur social etc.) peut communiquer au JLD les informations qu'elle juge utile sur la situation d'une personne faisant l'objet d'une mesure de soin psychiatrique[31].

Compétence *rationae loci*. Le JLD territorialement compétent est celui du TGI dans le ressort duquel l'établissement hospitalier est situé. Lorsque la prise en charge prend la forme d'une hospitalisation complète, la loi du 5 juillet 2011 impose d'adresser sans délai au juge des libertés et de la détention territorialement compétent une copie du certificat ou de l'avis médical établi par le psychiatre de l'établissement après le 5ème jour et au plus tard le 8ème jour à compter de l'admission de la personne en soins psychiatriques[32].

§ 2 : Comment le JLD exerce-t-il son contrôle ?

Les règles de forme. Dans tous les cas de saisine du juge, la procédure est régie, par principe, par le code de procédure civile sous réserve des dispositions particulières[33]. Dans un objectif de célérité, le décret 2011-846 du 18 juillet 2011 prévoit à plusieurs reprises que les échanges entre le greffe et les établissements de soins pourront s'effectuer « par tout moyen », ce qui autorise les échanges dématérialisés[34]. « Le juge des libertés et de la détention dans le ressort duquel se situe l'établissement d'accueil est saisi par les personnes mentionnées à ou, dans le cas prévu à par le directeur de l'établissement d'accueil, par requête transmise par tout moyen permettant de dater sa réception au greffe du tribunal de grande instance »[35]. Outre l'identité du demandeur, la requête doit comporter l'exposé des faits et son objet. Lorsqu'elle émane de la personne qui fait l'objet de soins, la requête peut aussi être déposée au secrétariat de l'établissement d'accueil et la demande en justice peut

30 - José Coelho, Soins psychiatriques et juge des libertés et de la détention, LEH, novembre 2011, p. 37.

31 - Art. L. 3211-12 et R. 3211-14 CSP.

32 - Art. L. 3212-7, al. 5, CSP.

33 - « La procédure judiciaire pour connaître des mesures de soins psychiatriques prononcées en application du titre Ier du livre II de la troisième partie de la partie législative du présent code ou de du code de procédure pénale est régie par le code de procédure civile sous réserve des dispositions de la présente section. » art. R. 3211-7 CSP.

34 - Toutefois, conformément au décret du 15 mai 2007 relatif à la confidentialité des informations médicales et à la politique ministérielle de défense et de sécurité du ministère de la justice, les données ainsi échangées devront être chiffrées.

35 - Art. R. 3211-8 CSP.

encore être formée par une simple déclaration verbale recueillie par le directeur de l'établissement qui établit un procès-verbal. Le décret prévoit dans ce cas une transmission au greffe du TGI dans le délai maximal de 5 jours[36].

Les délais. La loi impose au juge, pour les saisines facultatives consécutives à l'exercice du recours prévu par l'article L. 3211-12, de statuer à bref délai, conformément aux dispositions de l'article 5 paragraphe 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette notion de bref délai est traduite dans la partie réglementaire du code de la santé publique. Ainsi, l'article R. 3211-16 du code de la santé publique précise que ce « bref délai » est de 12 jours, porté à 25 jours en cas d'expertise. En matière d'hospitalisation complète, selon le nouvel article L. 3211-12-1 du code de la santé publique, le JLD sera tenu d'examiner la situation de tout patient placé en hospitalisation complète dans le délai de quinze jours suivant son admission ou la transformation de sa prise en charge sous forme d'hospitalisation complète, puis avant chaque échéance de six mois suivant toute décision judiciaire de maintien en hospitalisation complète.

Les modalités de l'audience devant le JLD. Selon l'article L. 3211-12-2 du Code de la santé publique, le juge doit statuer publiquement et après débat contradictoire. Le patient est entendu sauf contre-indication médicale[37]. Par ailleurs, l'audience peut se tenir en des lieux divers en fonction de la nature et du degré des pathologies dont souffrent les personnes concernées. De manière classique, l'audience peut se tenir au siège du tribunal de grande instance, mais également à l'hôpital ou, encore, par visioconférence[38]. L'article L. 3211-12-2 du code de la santé publique rappelle le principe selon lequel le JLD statue au siège du tribunal de grande instance. Toutefois, le JLD peut décider de siéger dans une salle située dans l'enceinte de l'établissement hospitalier si une salle y a été spécialement aménagée pour assurer la clarté, la sécurité et la sincérité des débats. Le JLD peut également décider que l'audience se déroulera par visioconférence, auquel cas le patient se tient dans la salle située au sein de l'établissement. Cette salle doit réunir les conditions évoquées précédemment[39]. En cas de recours à la visioconférence, l'avocat qui assiste le patient, le cas échéant, peut se trouver soit auprès du magistrat, soit auprès de l'intéressé.

Le prononcé de la décision et la notification. Le JLD rend sa décision à l'issue des débats, soit immédiatement, soit à une audience ultérieure

36 - Art. R.3211-11 CSP.

37 - José Coelho, Soins psychiatriques et juge des libertés et de la détention, LEH, novembre 2011, pp. 44-45.

38 - Jean-Philippe Vauthier, De la nouveauté en psychiatrie, Lamy santé, octobre 2011, chron. n° 110.

39 - En outre, la loi soumet le recours à ce procédé à un cadre strict en exigeant que soient réunies les conditions suivantes :
1° Un avis médical a attesté que l'état mental de la personne ne fait pas obstacle à ce procédé technique ;
2° Le directeur de l'établissement d'accueil s'est assuré de l'absence d'opposition du patient.

ou par mise à disposition du greffe. L'article R. 3211-16 du code de la santé publique simplifie les modalités de notification de la décision du JLD, qui devait auparavant nécessairement être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dans le cas où la décision est rendue à une audience, elle est directement notifiée, contre récépissé ou émargement, aux parties présentes à cette audience.

L'appel. La décision du JLD est susceptible d'appel devant le premier président de la Cour d'appel ou son délégué dans un délai de 10 jours à compter de sa notification. Cette voie de recours n'a pas d'effet suspensif sous réserve des dispositions de l'article R.3211-20 du Code de la santé publique. En cas de décision de main-levée de l'hospitalisation, le ministère public peut demander la suspension de la mesure s'il allègue un risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade ou d'autrui[40]. Sur le fond, le premier président statue dans un délai de 12 jours, délai porté à 25 jours en cas d'expertise.

Conclusion. Les acteurs de la psychiatrie n'ont jamais montré d'hostilité au principe d'une réforme et bien mieux, ils la demandaient. Ils souhaitaient une redéfinition du cadre, pour adapter les outils à une société qui change vite et, en particulier, tout ce qui permettait d'alléguer l'hospitalo-centrisme pour renforcer les liens villes-hôpital et les liens sanitaire–social[41]. Le contenu de cette réforme a soulevé beaucoup d'inquiétude. De nombreux observateurs dénonçaient la dimension sécuritaire voire autoritaire de l'esprit de la loi[42]. La vigilance du Conseil constitutionnel a d'ores et déjà écarté toute contrainte pour les soins ambulatoires et limité le régime particulier prévu pour les patients en UMD[43]. Des modifications législatives s'imposent.

---

40 - José Coelho, Soins psychiatriques et juge des libertés et de la détention, LEH, novembre 2011, pp. 68-69.

41 - FNAPSY, Régime des soins sous contrainte. L'esprit d'une loi, Droit Déontologie & Soin 11 (2011) 440–448. Cf également « L'exigence d'une politique de santé mentale alliant l'intégration des malades dans la cité et des prises en charge sécures pour la population reste un impératif qui peut paraitre paradoxal. Cela signifie que toute tentative de rénovation des dispositifs de prise en charge est complexe. Cette complexité est accrue par le fait que les pathologies devraient être pris en charge de façon spécifique et s'intégrer dans une démarche générale de santé publique. C'est pourquoi, la commission propose d'engager une politique pour la santé mentale et la psychiatrie. Une loi est nécessaire. », *Missions et organisation de la santé mentale et de la psychiatrie*, Rapport présenté à Madame Roselyne Bachelot-Narquin, Ministre de la santé et des sports, Edouard Couty, Janvier 2009.

42 - Daniel Zagury, La loi sur la psychiatrie est l'indice d'un Etat qui préfère punir que guérir, Le Monde, 21.03.11. Appel du Collectif des 39 Contre La Nuit Sécuritaire. Réforme de la Psychiatrie : Une déraison d'Etat, http://www.collectifpsychiatrie.fr. Syndicat de la magistrature, http://www.syndicat-magistrature.org/Pour-le-retrait-du-projet-de-loi.html.

43 - Le Conseil constitutionnel a relevé que les personnes traitées en soins ambulatoires 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. Aucune mesure de contrainte à l'égard d'une personne prise en charge en soins ambulatoires ne peut être mise en œuvre pour imposer des soins ou des séjours en établissement sans que la prise en charge du patient ait été préalablement transformée en hospitalisation complète. Par ailleurs, les sages ont jugé inconstitutionnels deux points de la loi du 5 juillet 2011 sur la psychiatrie, concernant la sortie des programmes de soins des malades en unité pour malades difficiles (UMD) et des personnes ayant commis une infraction pénale jugées irresponsables du fait d'un état de trouble mental. Le Conseil constitutionnel reporte au 1er octobre 2013 la date de ces abrogations afin de permettre au législateur de remédier à ces problèmes d'inconstitutionnalité. Décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012.

En ce qui concerne le rôle du JLD, nul ne critique son implication croissante. L'ambivalence qui ne cesse de nous inquiéter, ne repose par sur l'augmentation de l'aire de son contrôle, qui améliore évidemment le respect de la liberté individuelle mais elle découle de la faiblesse des moyens concrets qui sont alloués à l'institution judiciaire[44]. Etendre les compétences juridiques sans donner les moyens matériels de les exercer, ne serait-ce pas, sur le plan politique, une façon de réaliser le bon diagnostic sans permettre le traitement ?

44 - Dany Cohen, Le juge, gardien des libertés ?, Pouvoirs, 2009, n° 130 (L'état des libertés), pp. 113-125.

TEMOIGNAGE : DES MOTS POUR REPARER DES MAUX

Marie-Dominique Usciati
Magistrate
Vice-Présidente du TGI d'Aix-en-Provence

Quelques réflexions nécessairement incomplètes un an après la mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011 et les deux décrets d'application n°2011- 846 et n°2011-847 du 18 juillet 2011 concernant la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement entrés en vigueur le 1er août 2011.

La loi, dans son volet sanitaire, introduit la notion d'hospitalisation sans consentement la substituant à la notion d'hospitalisation sous contrainte et permet désormais une prise en charge, sous une autre forme que l'hospitalisation complète, dans le cadre d'un programme de soins qui modifie la pratique des sorties d'essai.

Les transformations apportées par cette loi nouvelle sont importantes : en effet, la première loi sur les aliénés du 30 juin 1838 faisait dire, dès 1869, que la réforme était nécessaire.

Ce n'est qu'un siècle et demi plus tard que la nouvelle loi intervenait le 27 juin 1990.

Mais ce sont deux décisions du Conseil constitutionnel des 26 novembre 2010 et 9 juin 2011 en réponse à deux questions prioritaires de constitutionnalité qui déclarent. Pour la première, non conforme à la Constitution, la possibilité d'hospitalisation sans consentement si le délai est supérieur à 15 jours, puis tous les 6 mois, sans la saisine du juge judiciaire,

dont la Constitution fait dans son article 66 le gardien des libertés individuelles. Pour la seconde, il rend indispensable la production d'un deuxième avis médical dans les cas de désaccord entre le préfet et le psychiatre lorsque ce dernière estime devoir mettre fin à l'hospitalisation complète.

La circulaire du 21 juillet 2011 du Ministre de la Justice, relative à la présentation des principales dispositions de la loi, détaille les procédures judiciaires nouvelles devant le juge des libertés et de la détention, concernant les soins psychiatriques sans consentement.

Précisons que le juge des libertés et de la détention était déjà compétent en la matière dans le cadre du recours facultatif.

Dans le cadre d'un contrôle systématique du juge des libertés et de la détention, sur les mesures privatives de liberté, résultant de l'admission en soins psychiatriques sans consentement, le nombre de dossiers examinés pour deux établissements psychiatriques est de 800 dossiers par an.

Afin de répondre à la demande du Conseil constitutionnel, la loi a prévu que le juge des libertés et de la détention est saisi systématiquement de toute hospitalisation ou en cas de réadmission sans consentement qui doit se poursuivre au-delà de 15 jours, sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent ou à la demande d'un représentant de l'État.

La saisine est en outre obligatoire lorsque la mesure d'hospitalisation, sans consentement, qui doit être complète, se poursuit plus de six mois. En outre, un contrôle s'effectue à la fin de chaque période de six mois, et avant l'expiration du délai de six mois suivants les décisions judiciaires prononçant l'admission en soins sans consentement pour des personnes déclarées pénalement irresponsables.

Enfin la personne mise en soins ambulatoires peut, aujourd'hui comme antérieurement à la loi nouvelle, saisir le juge à tout moment pour obtenir la mainlevée de la mesure.

La modification législative va considérablement modifier les rapports entre la psychiatrie et la justice.

Concernant la saisine du juge des libertés et de la détention par les hôpitaux, elle s'est faite dans les délais, excepté la période d'observation du mois d'août 2011. Deux audiences ayant été fixées par semaine au tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence pour répondre aux demandes des deux hôpitaux relevant de la juridiction.

Les jours choisis les lundis et jeudis permettent de répondre aux demandes dans les délais impartis par la loi.

Afin d'être opérationnel en août 2011, un renforcement du greffe est intervenu immédiatement. La saisine sur un fax dédié aux hospitalisations a été mise en œuvre afin d'assurer la confidentialité et l'imputabilité des documents. Nous constatons qu'aujourd'hui, tant les hôpitaux, que le préfet adressent la requête introductive, dont la teneur n'a pas été modifiée par la nouvelle loi, dans les délais impartis et souvent anticipent même les délais.

S'il a été constaté au cours de l'année quelques erreurs (concernant l'absence de signature de la requête, l'absence d'indications précises concernant le tiers, le tuteur, le curateur renforcé ou le curateur), ceci a aujourd'hui presque disparu.

La circulaire du 21 juillet 2011 a précisé que le juge des libertés et de la détention doit être destinataire d'une copie du numéro 1 du casier judiciaire « seule susceptible de permettre d'identifier des situations dans lesquelles, à raison d'un antécédent de déclaration d'irresponsabilité pénale suivie d'une admission en soins de psychiatrie à la demande d'un représentant de l'État ou de l'autorité judiciaire, l'avis du collège de professionnels de santé doit se substituer à l'avis conjoint de deux psychiatres pour permettre au juge de statuer » ; cet élément d'information est précieux non seulement pour la préparation du dossier mais aussi en cours d'audience.

Dans le cadre de l'ensemble des recours, qu'il s'agisse tant d'une saisine systématique, que d'un recours facultatif, la procédure est transmise au ministère public pour lui permettre de donner un avis, sa présence à l'audience étant exceptionnelle.

Le patient, lors de sa convocation au tribunal, est informé que les pièces de son dossier sont consultables au greffe du tribunal et si ce dernier, au début de l'audience, indique ne pas en avoir eu connaissance dans l'établissement, il est procédé à son information à l'audience en vertu de l'article 16 du code de procédure civile, pour respecter le principe du débat contradictoire.

En outre, la personne qui fait l'objet de soins est informée de son droit d'être assistée d'un avocat choisi ou à sa demande désigné d'office.

Dans l'ensemble des demandes présentées au tribunal de grande instance, 50 % des dossiers ont bénéficié de la présence d'un conseil et dans 97 % des cas le conseil a été désigné d'office. Il convient de préciser que dans 60 % des cas de désignation d'un conseil, celle-ci est intervenue en l'absence du patient, l'hôpital ayant adressé un certificat médical précisant que le patient ne peut être présenté en raison de son état de santé.

L'examen des chiffres démontre que les soins sur décision du préfet, pour troubles mentaux, qui nécessitent des soins ou sûreté des personnes compromises qu'il s'agisse du tiers ou de l'intéressé ou d'atteinte grave à l'ordre public, représentent 100 requêtes sur une année. Les soins contraints à la demande d'un tiers " agissant dans l'intérêt du malade et justifiant de relations antérieures avec lui" représentent la majorité des situations examinées par rapport aux situations de péril imminent.

L'analyse des certificats médicaux initiaux, produits à l'appui de la demande d'hospitalisation sans consentement, à l'exception d'un dossier, révèlent des troubles parfaitement décrits et rendant impossible le consentement aux soins, l'état de la personne imposant des soins immédiats, assortis d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète.

En outre, il a pu être constaté que la loi, qui impose après l'arrêté d'hospitalisation motivé du préfet ou la décision d'admission par le directeur de l'établissement de soins que soit établi un certificat médical dans les 24 heures, puis dans les 72 heures et entre le cinquième et huitième jour au plus tard, a été respectée.

Il est apparu lors des réunions préalables à la mise en œuvre de la loi qu'une majorité des psychiatres considérait que la procédure était trop lourde et que le renvoi des patients à l'audience du tribunal de grande instance serait de nature à les perturber gravement.

La spécificité du trouble psychiatrique fait que la médecine, et c'est le seul domaine, peut contraindre quelqu'un aux soins, en l'état d'une conscience partielle de son trouble et parfois d'un déni complet du trouble.

Dans ce contexte il paraît indispensable pour la qualité des soins et pour obtenir l'adhésion du patient aux soins que s'exercent des regards différents, cela à pour effet de le rassurer.

Il a été constaté lors des audiences que la présence des troubles n'impliquait pas une absence totale de conscience.

Concernant le tribunal de grande instance, il a été fait le choix de l'audience au tribunal.

Il paraît indispensable que celui qui demande sa sortie, contestant la mesure d'hospitalisation sans consentement en cours, ou que celui qui conteste la mesure de soins ambulatoires, puisse l'exprimer dans un endroit neutre aussi librement que possible, ce que l'hôpital ne peut être, lieu d'enfermement ou la médecine exerce selon le patient son pouvoir contre sa volonté et contre ses intérêts.

En outre, notons que cette venue au tribunal est pour la majorité des patients la première sortie en ville depuis leur hospitalisation, le juge des libertés et de la détention le soulignant lors de l'audience et notant là le signe d'une amélioration de leur état, ce qui est de nature à rassurer le malade.

Après avoir résolu la question du lieu de l'audience s'est posée au tribunal de grande instance la question de l'installation de la salle d'audience, il a été fait le choix d'une salle d'audience isolée présentant des conditions de sécurité loin de tout contact avec des prévenus ou détenus et évitant ainsi le contact avec le justiciable en général afin de préserver la dignité de la personne hospitalisée.

Une salle d'attente et une salle dédiée aux consultations, jouxtant la salle d'audience et permettant la confidentialité des entretiens entre le patient et son avocat, ont été installées.

Cette simple organisation a conduit le patient, qui revendique de façon légitime le respect de ses droits fondamentaux, à penser que ceux-ci ne sont pas bafoués et a créé une atmosphère de confiance de nature à permettre le dialogue.

Lors de sa venue à l'audience, la première question que pose le patient est souvent : "Pourquoi un juge des libertés de la détention, je n'ai commis aucun délit, je ne suis pas un criminel." Le magistrat doit donc préciser immédiatement la nature civile de l'audience, expliquer sa fonction et la nature de son intervention ; ainsi les débats sont instantanément plus légers.

Le dialogue peut s'instaurer : le patient sollicite des explications sur le rôle de chacun (juge, parquet, greffier). Le greffier est donc "le garant de mes propos" souligne-t-il avec satisfaction.

L'audience se tient en robe d'audience ce qui donne de la solennité à la procédure.

Le patient appréhende cette solennité comme un signe de reconnaissance de sa qualité de justiciable, il retrouve à cette occasion sa dignité, le statut de patient l'ayant mise selon lui en péril.

Le code de la santé publique pose le principe selon lequel le juge des libertés et de la détention doit statuer publiquement.

Nous constatons que les débats ont eu lieu dans la majorité des cas en chambre du conseil dès lors qu'il résulterait de leur publicité une atteinte à l'intimité de la personne hospitalisée.

Souvent le patient a refusé tant la présence du tiers que du personnel hospitalier l'accompagnant, l'audience représentant un espace de liberté important pour lui, le choix lui étant préalablement donné d'être assisté d'un avocat.

Les textes ont prévu que 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 », ce qui imparti au juge des libertés et de la détention d'expliquer tant dans la forme qu'au fond la mesure en cours.

Les audiences ont d'ailleurs démontré que le patient sollicite sur ces deux points des précisions de façon constante. Le juge des libertés et de la détention donne connaissance de la teneur des certificats médicaux en évitant les termes de nature à blesser le patient dont la susceptibilité est exacerbée. La majorité des patients a sollicité des explications sur les termes médicaux, et des explications sur les conditions de leur arrivée au centre hospitalier : "je ne me souviens pas pourquoi j'ai été hospitalisé".

Avant que la parole leur soit donnée il leur a été indiqué qu'un procès-verbal d'audience serait rédigé et que l'intégralité des propos serait retranscrite dans l'ordonnance, parfois le patient après s'être exprimé a sollicité la rectification d'un terme ou d'une expression qui n'était pas la fidèle expression de sa pensée.

Notons que des patients ont souhaité que soient précisées les demandes qu'ils n'avaient pas encore pu exprimer auprès de l'équipe soignante, qu'un message soit adressé au psychiatre sachant que ce dernier aurait connaissance de l'ordonnance rendue par le juge des libertés de la détention :
- "Je suis d'accord pour rester à l'hôpital. En outre je souhaiterais évoquer avec mon médecin les effets secondaires et notamment la prise de poids qui me gêne".
- "Je souhaite avoir rendez-vous dès demain avec le médecin qui me suit à l'hôpital en outre, je souhaite que soit pris en compte mon handicap physique concernant mon problème d'audition".

L'audience a démontré que le patient revendique avant tout une considération positive. Cette attitude est d'ailleurs de nature à permettre l'obtention du consentement du malade tout en ayant conscience que cela peut être fluctuant : "Je ne suis pas d'accord pour rester hospitalisé car je pense que je peux suivre un traitement à l'extérieur, je travaille en intérim, je suis accord pour demeurer trois semaines grand maximum, le temps que le traitement agisse. Je me sens un peu mieux. Je me souviens d'y être entré pour un problème familial. Pour l'avenir j aimerais avoir un domicile séparé de ma famille. Je souhaite donc rencontrer l'assistante sociale de l'hôpital".

La majorité des patients ont donné leur accord à la poursuite de l'hospitalisation dès l'instant où cela ne devait pas durer trop longtemps, dans leur esprit 15 jours ou trois semaines tout au plus :
- "Je considère que mon hospitalisation est encore nécessaire, je me sens mieux mais je ne suis pas complètement stabilisé ça a démarré par un pétage de plomb".
"Je suis d'accord pour rester encore 8 ou 10 jours, à partir d'aujourd'hui, ça va mieux".
-"Je suis d'accord avec la mesure de prise en charge par l'hôpital pour le temps nécessaire. Je voulais juste dire que j'étais au bout du rouleau et que ma prise en charge était nécessaire".
- "Je suis d'accord pour rester encore à l'hôpital mais un médicament me rend paranoïaque. J'ai peur qu'on me prenne mes affaires. Je vérifie plusieurs fois mes affaires alors qu'avant je ne le faisais pas. Je sais que le traitement médical me fait du bien. Je souhaite rencontrer le psychiatre au plus vite pour faire le bilan de ma santé, et évoquer avec lui cette paranoïa et parler de ma future sortie".
- "Je vous avoue que je serais mieux à la maison mais je pense que c'est le cas pour tout le monde : je bénéficie de sorties dans l'hôpital. Je souhaiterais par la suite avoir des sorties hors de l'hôpital puis des soins ambulatoires".

Dans l'expression de leurs difficultés les patients revendiquent de façon prioritaire l'écoute : "j'ai dit ce que je ressentais aux divers médecins mais je souhaiterais pouvoir m'entretenir plus longuement avec une seule personne ; de dire mon mal-être à plusieurs reprises à des médecins différents ne me guérit pas".

Ils souhaitent être informés sur la nature et le but des soins médicaux, ainsi que sur les effets secondaires des soins. Ils revendiquent un cadre hospitalier moins bruyant et sont profondément heurtés par la promiscuité : "Il est impossible de se reposer trop de cris et de réactions agressives de certains malades" ; "à table, j'entends des choses qui me heurtent profondément, je suis choqué mais je n'ose rien dire".

Le patient a exprimé son désir d'une médecine disponible et chaleureuse, mais parfois fait le constat de services débordés, asphyxiés par des tâches multiples : "Mon souhait serait de passer en hospitalisation libre. Je souhaiterais aussi avoir plus de sorties pour m'occuper de mes affaires. J'en ai parlé avec la psychologue. Le psychiatre m'a expliqué qu'il ne pouvait pas me lâcher comme ça. Je reconnais avoir besoin de soins. Je voudrais avoir plus d'heures de sortie dans la journée. Je souhaite voir le psychiatre pour qu'il m'explique pourquoi il y a des réticences pour augmenter mes sorties quotidiennes qui ne sont que d'une heure et aucune indication ne m'est donnée".

Il sollicite au principal des entretiens thérapeutiques fréquents, le

besoin d'être rassuré sur son état, percevoir son avenir, sa capacité à revenir dans le monde, et sollicite que soient mises en place des sorties accompagnées afin d'accomplir des tâches administratives pour que la réadaptation soit plus facile :
-"Je suis d'accord pour demeurer hospitalisé dès l'instant où j'ai une date de sortie, je me sens actuellement mieux".
-"J'ai bénéficié de sortie dans l'établissement, je souhaiterais dans un premier temps des sorties hors de l'établissement, pour cela je souhaite avoir un rendez-vous le plus rapidement avec le psychiatre afin d'organiser ces sorties hors de l'établissement ; j'ai conscience qu'il il y a beaucoup de malades et que le personnel est insuffisant mais j'ai des tâches administratives à accomplir et je dois préparer ma sortie en ambulatoire, et revenir dans le monde".

Il a été constaté que l'audience était réussie dès l'instant où il a été donné au patient la liberté d'exprimer ses incertitudes, ses doléances et que celles-ci ont été fidèlement retranscrites, alors même que dans l'échange le magistrat a émis des avis ou observations en contradiction avec les idées du patient : " J'ai bien noté que vous alliez rendre une ordonnance de maintien en hospitalisation mais je vous déclare que je ressens du mieux depuis que j'ai été hospitalisé, quatre psychiatres sont tous tombés d'accord sur le fait que j'ai besoin de continuer à être interné, je ne suis pas d'accord avec le diagnostic que je conteste une fois encore. J'aurais aimé lors de mon internement voir des infirmiers psychiatriques plutôt que des pompiers. Je suis d'accord pour demeurer quelque temps encore à l'hôpital, je demande une faveur d'être autorisé à me promener dans l'enceinte de l'hôpital car à l'heure actuelle je ne peux quitter mon pavillon".

L'audience a aussi été l'occasion de constater que lorsqu'étaient prises en compte par les services et les soins hospitaliers les demandes exprimées et que le patient était lui-même en mesure de relayer les revendications d'autres malades il existait une acceptation des soins et sans doute un rétablissement plus rapide :
-"Les autres malades m'ont chargé d'être leur intermédiaire auprès de vous pour obtenir une amélioration concernant notamment la qualité des repas et ils sollicitent plus d'activités".
-"Ce serait bien pour tous d'installer un piano dans la salle de musique ".

Il existe manifestement une partie saine dans le psychisme de la personne hospitalisée et le fait que le juge soit un profane en matière médicale facilite non seulement l'échange mais permet le dialogue.

Notons que la confirmation de la mesure d'hospitalisation complète par le magistrat peut-être dans certains cas de nature à bénéficier à la relation patient/psychiatre, ce dernier n'étant plus le détenteur du pouvoir :

- “Je suis un peu réticent au traitement car il y a beaucoup d’effets secondaires, mais j’accepte de demeurer hospitalisé pour la période la plus courte possible, dès l’instant où je peux m’entretenir avec le médecin des difficultés rencontrées”.
- “Je suis d’accord pour rester encore 8 ou 10 jours à partir d’aujourd’hui, ça va mieux mais il y a des effets secondaires, je suis d’accord pour que l’on rééquilibre mon traitement, depuis que je suis hospitalisé je n’entends plus l’écho”.
- “J’ai bien compris ce qui a été dit au cours de l’audience et que l’acceptation des soins était de nature à me faire progresser plus rapidement”
- “À l’hôpital, le dialogue n’existe pas, c’est le médecin qui a raison. C’est le fait du prince. Après ce que vous m’avez dit, je préfère rester encore un peu à l’hôpital plutôt que de demander une expertise psychiatrique, je vais donc dialoguer avec le psychiatre”.

Cette loi, comme celle sur l’avortement ou sur la peine de mort, anticipe les mentalités et peut aider à changer le regard porté sur le malade par le psychiatre.

Dans certaines situations le délai de 15 jours est apparu un peu court, les traitements n’ayant pas encore accompli leur œuvre.

En outre, un délai un peu plus long aurait peut-être permis de recevoir des personnes encore à l’isolement. Notons que ces dernières ont toutes été représentées par un conseil désigné d’office.

Concernant les patients détenus pour la plupart ils ont comparu exprimant le désir pour certains d’un retour en détention afin de retrouver leurs habitudes “café et cigarettes”.

Notons que des étrangers détenus ont souhaité poursuivre leur séjour à l’hôpital “de préférence jusqu’à la fin de leur peine”.

L’expression par le ministère public, présent, de son accord sur la mesure d’hospitalisation en cours a aidé à l’acceptation par le patient de la mesure, notamment dans les procédures de détenus avec un casier judiciaire important.

Certains patients, détenus ou non, ont manifesté le désir d’être examinés par un expert psychiatre ; le juge des libertés et de la détention le leur proposant parfois, leur ayant indiqué préalablement que l’expert était un médecin extérieur à l’établissement et qu’il aurait donc un regard objectif.

Les patients peuvent manifester la crainte d’une connivence entre l’hôpital et l’expert :

- “Je souhaite avoir un entretien rapidement avec l’expert pour m’entretenir des difficultés qu’ont entraîné mon hospitalisation”.
- “Je souhaite avoir un expert extérieur à l’établissement afin de pouvoir m’entretenir avec lui sans qu’il y ait d’interférences avec l’hôpital”.
- “Vous confirmez que l’expert est indépendant et qu’il fera preuve d’objectivité”.
- “Je ne suis pas d’accord avec les conclusions de l’expert qui n’a pris en considération que l’avis d’un seul médecin et que d’autres médecins ont une vision de ma maladie différente, je sollicite une contre-expertise”.

Concernant le tiers, la loi a prévu la demande d’admission présentée par le tiers : “ un membre de la famille du malade ou de personnes justifiant de l’existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins et lui donnant qualité pour agir, à l’exclusion des personnels soignants, exerçant dans l’établissement prenant en charge la personne malade”.

Lorsque le tiers a comparu à l’audience, il a exprimé souvent sa culpabilité d’avoir été contraint de prendre une telle mesure, et cela d’autant plus que le patient l’incitait à revenir sur sa décision.

Dans un tel contexte le juge des libertés et de la détention doit alors tenter de dédramatiser la situation, préciser que la décision a été prise non par le tiers mais par le médecin, et que la poursuite de la mesure d’hospitalisation est aujourd’hui fondée sur la décision du juge des libertés et de la détention.

Après presque une année d’observation il est possible de souligner la richesse des échanges à l’audience avec les patients, ces derniers ont donné leur accord dans plus de 80 % des cas à la poursuite de la mesure d’hospitalisation à temps complet. Il a été aussi constaté que l’ordonnance du juge des libertés et de la détention, rendue immédiatement, et une copie remise au patient faisaient diminuer de façon importante l’état d’angoisse de ce dernier.

Les audiences ont démontré la nécessité d’assurer le suivi et de favoriser la réinsertion sociale des personnes bénéficiant de soins psychiatriques sans consentement en hospitalisation complète. Il est ainsi apparu que beaucoup parmi les personnes hospitalisées en psychiatrie ne possédaient aucun soutien familial, étaient totalement démunies socialement et financièrement, et enfin que la prise en charge de l’organisation de la sortie doit être anticipée ce qui bien évidemment implique des moyens financiers et est de nature à éviter une rechute.

LES CONTROLES ADMINISTRATIFS DES MESURES DE SOINS PSYCHIATRIQUES SANS CONSENTEMENT

Cécile Castaing
Maître de conférences (HDR) à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV
Centre d'Etude et de Recherche sur le Droit Administratif
et la Réforme de l'Etat,
Membre de l'Institut du droit de la santé

Pendant que la « rafale »[1] des censures constitutionnelles de la loi sur les soins psychiatriques – passée et actuelle[2] – continue, il est un point qui ne suscite pas de contentieux constitutionnel, qui n'éveille pas l'intérêt de la doctrine et sur lequel pourtant, le législateur a été négligent voire « volontairement négligent »[3] : les contrôles administratifs des mesures de soins psychiatriques sans consentement. Ces contrôles, nombreux et diversifiés, méritaient pourtant de ne pas être exclus de la réforme dans la mesure où ils sont une garantie pour la personne « faisant l'objet de soins psychiatriques ».

Dans la Constitution, un « contrôle administratif » est prévu à l'article 72 alinéa 6, qui met à la charge du représentant de l'Etat le contrôle administratif des collectivités territoriales. La « tutelle administrative », qui a pris une autre forme depuis 1982, n'est pas réservée au représentant de l'Etat. L'état prévisionnel des recettes et des dépenses d'un établissement de santé est soumis à l'approbation tacite du directeur général de l'agence régionale de santé, le code du travail confie le contrôle admi-

1 - J. Hauser, Hospitalisation d'office : la rafale des annulations, RTDCiv 2012, p. 92.

2 - Loi n° 2011-803 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO 6 juillet 2011.

3 - J. Hauser, préc.

nistratif du règlement intérieur d'une entreprise ou d'un établissement à l'inspecteur du travail (art. L. 1322-1 à L. 1322-3 du code du travail), le code de l'éducation prévoit que certaines décisions des présidents des universités, notamment relatives aux emprunts, sont soumises à approbation, d'autres n'entrent en vigueur qu'après leur transmission au recteur (art. L. 719-7 du code de l'éducation)...

Le contrôle administratif des mesures de soins psychiatriques ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique dans le code de la santé publique. Il s'agit d'un contrôle non juridictionnel qui porte sur les conditions juridiques et matérielles d'admission, de séjour et de sortie des personnes contraintes à une mesure de soins psychiatriques. Les autorités ou instances habilitées à exercer ce contrôle sont nombreuses, ce qui rend le dispositif assez obscur et complexe. Cette très grande variété dans le contrôle administratif[4] peut se révéler contre-productive si le contrôle devient peu accessible aux personnes qui pourraient en bénéficier, si les autorités chargées d'assurer ce contrôle ne perçoivent plus le rôle de chacune d'entre elles ou leur utilité.

Les autorités traditionnellement compétentes pour exercer ce contrôle administratif sont le représentant de l'Etat dans le département dans le ressort duquel est implanté l'établissement accueillant la personne (ou à Paris le préfet de police) et le directeur de l'établissement, qu'il soit public ou privé[5]. Mais les textes ont ajouté d'autres autorités ou instances susceptibles d'intervenir dans ce contrôle. La loi du 27 juin 1990 a créé les commissions départementales des hospitalisations psychiatriques. La loi du 30 octobre 2007 a institué un contrôleur général des lieux de privation de liberté qui est compétent pour visiter les établissements de santé recevant des personnes hospitalisées sans leur consentement, les unités pour malades difficiles (UMD), les unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) et pour veiller au respect des droits fondamentaux des personnes admises dans de tels établissements ou unités. La révision de la Constitution du 23 juillet 2008 a ajouté un article 71-1 qui instaure un Défenseur des droits, mis en place par la loi organique et la loi ordinaire du 29 mars 2011 ; dans le domaine de la santé, le défenseur des droits est chargé de protéger les droits et libertés des personnes malades et des professionnels de santé. Un Pôle Santé et sécurité des personnes du Défenseur des droits a été mis en

4 - Cette étude se limitera volontairement aux contrôles administratifs exercés par le représentant de l'Etat, le directeur de l'établissement, les commissions départementales des soins psychiatriques et les commissions du suivi médical, excluant donc de l'étude le Contrôleur général des lieux de privation de liberté qui fait l'objet d'une étude dans le présent ouvrage et le Défenseur des droits mis en place trop récemment pour tirer quelques conclusions de son rôle en la matière.

5 - Voir sur ce point Conseil constututionnel, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S., cons 21 : « aucune règle ou principe constitutionnel n'impose que l'accueil des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement soit confié à des établissements de santé publics » ; et le juge constitutionnel ajoute que les établissements de santé privés habilités sont soumis aux mêmes obligations que les établissements de santé publics, les décisions d'admission subordonnées aux mêmes formalités et contrôles.

place comme une « structure transversale de conseil, d'aide à la décision et de médiation en santé » au sein de l'autorité constitutionnelle indépendante. Il y a aussi dans chaque établissement de santé une commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRUQPC, art. L. 1112-3 CSP) qui peut être saisie par une personne contrainte à des soins psychiatriques.

Quelques aménagements sont apparus indispensables pour protéger les intérêts des personnes et éviter les démarches inutiles, redondantes ou mal dirigées. Ainsi la loi du 5 juillet 2011 a prévu que lorsque la CRUQPC est saisie par une personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement, elle peut confier l'instruction de la demande à la commission départementale des soins psychiatriques (art. L. 1112-3, alinéa 3 CSP). Le 8 novembre 2011, le Défenseur des droits et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté ont conclu une convention[6] dans laquelle il est notamment prévu une « information réciproque » sur les saisines dont ils sont l'objet. Ainsi, l'article 1er stipule que « lorsque le Défenseur des droits est saisi d'une réclamation relative à des faits mettant en cause l'état, l'organisation ou le fonctionnement d'un établissement de privation de liberté, la prise en charge ou le transfèrement d'une personne privée de liberté », il saisit le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Le même article ajoute que si la « transmission » intervient après usage par le Défenseur des droits de ses prérogatives, il transmet au Contrôleur les copies des pièces du dossier ainsi que toute indication utile sur les recommandations qu'il a pu prendre et avise l'auteur de la saisine, à charge pour le Contrôleur d'informer le Défenseur des droits des suites données à la demande.

Mais la loi du 5 juillet 2011 n'a pas réformé en profondeur les contrôles administratifs des mesures de soins psychiatriques sans consentement et, notamment, n'a pas renforcé le rôle et les moyens d'action des commissions départementales des soins psychiatriques, présentées pourtant par de nombreux rapports comme une garantie pour les personnes. L'insuffisance des dispositions législatives en la matière trouvent écho dans la « foire aux questions » mise en ligne sur le site du ministère de la santé dans laquelle, sur 132 questions posées, une seule concerne ces nouvelles commissions départementales des soins psychiatriques : « En quoi les textes récents affectent-ils le fonctionnement des CDSP ? »[7]. La réponse apportée à cette question démontre que le législateur n'a modifié qu'à la marge les dispositions relatives aux anciennes commissions départementales des hospitalisations psychiatriques : « La loi du 5 juillet 2011 prévoit que la CDSP examine obligatoirement la situation des personnes dont les soins psychiatriques se

6 - Convention disponible sur les sites www.defenseurdesdroits.fr et www.cglpl.fr

7 - Foire aux questions – Réforme des soins psychiatriques, Mise à jour 12 juin 2012, disponible sur www.sante.gouv.fr

prolongent au-delà d'un an et celle des personnes dont l'admission a été prononcée par le directeur en l'absence de tiers. Le décret du 18 juillet 2011 précise les modalités d'application de cette dernière disposition et prévoit que la commission examine la situation de ces personnes admises en l'absence de tiers avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de cette admission, puis au moins une fois tous les six mois ». Cette carence du législateur et l'absence dans le code de la santé publique de dispositions propres aux contrôles administratifs s'accommodent mal avec la diversité des autorités de contrôle.

Dans quelle mesure les décisions et modalités de soins psychiatriques sans consentement font-elles l'objet de contrôles administratifs ? Quelle est la portée réelle de ces contrôles ? Pour répondre à ces interrogations, il faut analyser les différentes prérogatives confiées aux instances de contrôle par la loi puis mesurer l'exercice effectif du contrôle.

Section I – Les prérogatives des autorités de contrôle

Il est possible de distinguer deux types de contrôle administratif en fonction des autorités qui l'exercent mais aussi en fonction de l'objet du contrôle. Il y a le contrôle fait par les autorités qui prononcent l'admission : le directeur d'établissement accueillant les personnes en soins psychiatriques sans consentement et le représentant de l'Etat. Le contrôle porte sur la nécessité de la mesure de soins psychiatriques, aussi bien à l'admission que pendant le séjour psychiatrique imposé, la mesure de soins étant nécessaire tant qu'il existe des troubles mentaux et que ceux-ci rendent impossible le consentement de la personne. Il y a également le contrôle de la situation individuelle de chaque personne contrainte à des soins psychiatriques, tant au regard de ses conditions de prise en charge qu'au regard du respect de ses droits. Ce contrôle est confié aux commissions départementales des soins psychiatriques et aux commissions du suivi médical pour les personnes séjournant en UMD.

§ 1 : Le contrôle de la nécessité de la mesure de soins

La loi a instauré différents moments de contrôles administratifs et médicaux de la mesure de soins. Ce sont les autorités administratives qui ont décidé de l'admission qui sont amenées à contrôler la mesure. Mais dans ce rôle, le contrôle effectué par le directeur de l'établissement est finalement assez réduit et seul le représentant de l'Etat s'est vu confier par la loi un rôle prépondérant.

Le directeur d'établissement, qui ne prononce que les admissions sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent (art. L. 3212-1 CSP), exerce un contrôle administratif sur toutes les mesures de soins. La dimension de ce contrôle varie selon qu'il est ou non à l'origine de la mesure.

Dans l'hypothèse d'une mesure de soins psychiatriques sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent, le directeur d'établissement va d'abord contrôler la procédure d'admission. Ces deux modalités d'admission permettent de soumettre une personne à des soins psychiatriques lorsque « ses troubles mentaux rendent impossible son consentement » et que « son état mental impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante » (art. L. 3212-1-I CSP). Dans la première hypothèse, un tiers en fait la demande, tandis que la deuxième modalité d'admission, qui ne requiert pas la demande d'un tiers, a lieu en cas de péril imminent pour la santé de la personne. Avant de prononcer une telle mesure, le directeur de l'établissement doit s'assurer de l'identité de la personne concernée par la mesure de soins (art. L. 3212-2 CSP) et, s'il s'agit d'une admission sur demande d'un tiers, de droit commun ou d'urgence, il doit en outre vérifier la forme et le contenu de cette demande (tels qu'ils sont fixés par l'article R. 3212-1 CSP) et l'identité du tiers qui formule la demande. Lorsqu'il s'agit d'une admission sur demande d'un tiers de droit commun, il doit enfin s'assurer de l'existence des deux certificats médicaux circonstanciés requis, datant de moins de quinze jours et attestant que l'état de santé mentale du patient nécessite des soins et rend impossible son consentement. Il contrôle également l'absence de tout risque de conflit d'intérêt, notamment entre les médecins auteurs des certificats et l'établissement d'accueil : seul un des deux certificats peut être établi par un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil et aucun de ces deux médecins ne doit être parent ou allié au 4ème degré inclusivement, ni entre eux, ni du directeur d'établissement, ni du tiers ni de la personne concernée par la mesure. Ces mêmes « incompatibilités » se retrouvent pour l'admission en cas de péril imminent, prononcée par le directeur de l'établissement au vu d'un seul certificat médical. En revanche, elles sont absentes du dispositif d'admission sur demande d'un tiers en cas de risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade (procédure d'urgence), qui précise même que le seul certificat médical requis peut émaner d'un médecin exerçant dans l'établissement (art. L. 3212-3 CSP).

Lorsque l'admission est prononcée sur décision du représentant de l'Etat pour une personne « dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public » (art. L. 3213-1-I CSP), le seul certificat requis ne peut émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil. Cette mesure de police administrative ne fait l'objet d'aucun contrôle administratif préalable, les contrôles intervenant seulement après l'admission.

Une fois l'admission prononcée, et quelle que soit la modalité d'admission, s'ouvre une « période d'observation et de soins initiale » de

soixante-douze heures sous forme d'une hospitalisation complète (article L. 3211-2-2 CSP). Au cours de cette période, deux certificats médicaux doivent être établis pour confirmer ou infirmer la nécessité des soins au regard des conditions d'admission définies par la loi. La loi prévoit que le premier certificat est établi dans les vingt-quatre heures suivant l'admission par un psychiatre de l'établissement, après un examen somatique complet de la personne réalisé par un médecin. Ce certificat ne peut être établi par le psychiatre auteur du ou d'un des deux certificats d'admission. La loi garantit ainsi au patient la diversification des psychiatres participant aux décisions d'admission et de maintien. Le second certificat est établi dans les soixante-douze heures suivant l'admission par un psychiatre n'ayant pas participé aux certificats d'admission. Le législateur a également précisé que lorsque la mesure de soins est prononcée au vu d'un seul certificat médical et a une finalité exclusivement sanitaire (péril imminent et procédure d'urgence) les certificats des vingt-quatre et soixante-douze heures doivent être établis par deux psychiatres distincts (respectivement articles L. 3212-1-II-2°, dernier alinéa et L. 3212-3 CSP). C'est à l'issue de cette période et si l'état de santé mentale du patient nécessite le maintien de la mesure, qu'un psychiatre pourra proposer une forme de prise en charge et l'autorité compétente décidera.

Lorsque le directeur de l'établissement est l'auteur de la décision d'admission, la loi envisage deux issues possibles (articles L. 3212-4 CSP). Si l'un des deux certificats conclut que l'état de santé mentale de la personne ne justifie plus la mesure de soins, le directeur de l'établissement prononce « immédiatement » la levée de cette mesure. Sa compétence est donc liée. Si les deux certificats ont conclu à la nécessité de maintenir les soins psychiatriques sans consentement, un psychiatre de l'établissement propose la forme de prise en charge dans un avis motivé (article L. 3211-2-2 CSP) et le directeur décide en retenant la proposition ainsi émise. La portée de la proposition émise par le psychiatre est donc contraignante. La compétence du directeur de l'établissement est également liée lorsque le psychiatre propose une modification de la forme de prise en charge du patient. Le législateur a donc choisi de donner un rôle prépondérant au psychiatre lorsque l'admission de la personne a été prononcée par le directeur de l'établissement, garantissant ainsi le maintien d'un lien entre la mesure de soins privative de liberté et l'état de santé mentale du patient.

Lorsque c'est le représentant de l'Etat qui a décidé de la mesure de soins psychiatriques, il dispose d'une compétence administrative qui n'est pas liée par l'avis médical (art. L. 3213-1-II CSP). Il dispose d'un délai supplémentaire de trois jours francs suivant la réception du certificat des soixante-douze heures pour décider de la forme de prise en charge en « tenant compte » de la proposition établie, le cas échéant, par le psychiatre et des exigences liées à la sûreté des personnes et à l'ordre public. L'exercice de cette liberté d'appréciation du préfet, s'il devait

conduire au refus de la levée d'une hospitalisation complète, sera immédiatement soumis au contrôle du juge des libertés et de la détention, saisi par le directeur de l'établissement (article L. 3213-5 CSP). Cette marge d'appréciation laissée au préfet pour maintenir une mesure de soins psychiatriques sans consentement contre l'avis du psychiatre a cependant été réduite par l'obligation de soumettre le patient à un nouvel examen du patient, « à bref délai »[8]. Dans le cas où le préfet déciderait de ne pas suivre l'avis du psychiatre attestant que la mesure de soins sous forme d'une hospitalisation complète n'est plus nécessaire, il doit en informer « sans délai » le directeur de l'établissement et celui-ci demande « immédiatement » un réexamen du patient par un autre psychiatre. Ce nouvel avis doit être rendu dans un délai maximal de soixante-douze heures suivant la décision du préfet. S'il confirme l'absence de nécessité d'une hospitalisation complète, le représentant de l'Etat est alors dans une situation de compétence liée : il devra ordonner la mainlevée de la mesure, ou décider de la modification de la forme de prise en charge. Cette dernière précision révèle que le dispositif retenu est un dispositif *a minima* : il ne règle que la situation où le psychiatre et le préfet sont en désaccord sur une mesure de soins sous forme d'hospitalisation complète. Aucun réexamen n'est donc exigé si le psychiatre propose une prise en charge à domicile légère et que le préfet décide de maintenir la mesure sous la forme d'une hospitalisation partielle contraignante, celui-ci retrouvant une entière liberté d'appréciation et un plein pouvoir décisionnel.

Quelle que soit la modalité d'admission en soins psychiatriques, la loi a ensuite prévu tout au long du parcours de soins des contrôles médicaux et administratifs à intervalles réguliers. Un premier contrôle médical a lieu après le cinquième jour et au plus tard le huitième jour à compter de l'admission (articles L. 3212-7 et L.3213-3-I CSP). Ce contrôle est effectué par un psychiatre de l'établissement qui établit un « certificat médical circonstancié » indiquant si les soins sont toujours nécessaires et si la forme de prise en charge décidée est toujours adaptée à l'état de santé mentale de la personne. Au vu de ce certificat médical l'autorité administrative compétente devra se prononcer pour maintenir ou non la mesure. Si la mesure de soins est maintenue, un nouveau contrôle médical a lieu selon les mêmes modalités dans les trois derniers jours du premier mois suivant la décision d'admission. Au-delà de cette durée, le contrôle aura lieu tous les mois pour les mesures de soins décidées à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent. Pour les mesures de soins prononcées d'office, les temps du contrôle médical et administratif sont plus espacés : à l'issue du contrôle du premier mois, le représentant de l'Etat peut décider du maintien de la personne pour une durée de trois mois, puis il se prononce pour des périodes maximales de six mois renouvelables selon les mêmes modalités.

8 - Décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, M. Abdellatif et autre [hospitalisation d'office], cons. 10.

La loi a ainsi diversifié les moments des contrôles médicaux et administratifs pour assurer que les conditions exigées au moment de la décision d'admission sont toujours réunies et que le maintien en soins psychiatriques est toujours nécessaire pour le patient. Mais la portée de ce contrôle varie en fonction des raisons qui ont justifiées les soins et donc en fonction de la modalité de l'admission en soins psychiatriques sans consentement. Cette différence de portée du contrôle administratif se retrouve au moment de prononcer la sortie du patient.

S'agissant d'abord des sorties accompagnées de courte durée, le code de la santé publique prévoit que le directeur de l'établissement autorise les sorties accompagnées de courte durée après avis favorable du psychiatre (art. L. 3211-11-1 CSP). Mais, contrairement à ce qui est prévu pour les mesures de soins sur décision du représentant de l'Etat, le législateur n'a pas prévu de faculté d'opposition du directeur. Est-ce à dire que le directeur est dans une situation de compétence liée ? Ainsi, à partir du moment où la demande lui en est faite et que le psychiatre responsable de la structure médicale concernée a émis un avis favorable le directeur de l'établissement est-il tenu d'accorder cette sortie ?

Aucun doute n'est permis quant à cette compétence liée s'agissant de la levée de la mesure de soins prononcée par le directeur de l'établissement. D'abord, c'est l'absence des certificats ou avis médicaux dans les délais requis qui entraîne la levée de la mesure de soins et non l'absence de décision administrative de renouvellement de la mesure. En outre et en dehors de cette hypothèse de défaut de production d'un des certificats médicaux requis, la loi prévoit deux causes de sortie.
La première correspond à l'hypothèse dans laquelle le psychiatre certifie que les conditions ayant motivé la mesure ne sont plus réunies. Le directeur de l'établissement est alors tenu de mettre fin à la mesure de soins et d'en informer le représentant de l'Etat dans les vingt-quatre heures, la commission départementale des soins psychiatriques et la personne qui a demandé l'hospitalisation[9] (art. L. 3212-8 CSP).
La deuxième hypothèse est celle où la demande lui est faite (article L. 3212-9 CSP). Le directeur de l'établissement est également lié, cette fois-ci par la demande, et doit prononcer la levée de la mesure lorsqu'elle émane soit de la commission départementale des soins psychiatriques, soit d'un membre de la famille, de la personne chargée de la protection juridique du patient ou de toute personne justifiant de l'existence de relations antérieures avec la personne.
La loi réserve cependant deux éventualités de maintenir la personne en soins psychiatriques contraints, malgré la demande de levée de la mesure (sauf lorsque celle-ci émane de la commission départementale

9 - La levée immédiate de l'hospitalisation peut également être ordonnée par le représentant de l'Etat (art. L. 3212-8 CSP). Dans les mêmes circonstances et lorsque l'admission a été prononcée d'office, le directeur de l'établissement est tenu d'en référer à l'auteur de la décision d'admission dans les vingt-quatre heures (art. L. 3213-5 CSP).

des soins psychiatriques). La première possibilité, reprise de la loi du 27 juin 1990, consiste à transformer l'admission à la demande d'un tiers (ou pour péril imminent) en une admission d'office. Elle ne s'applique que lorsqu'un certificat médical établit que l'état de santé mentale du patient nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte, de façon grave, à l'ordre public et relève de la compétence du représentant de l'Etat. Le directeur doit l'informer préalablement à la levée de la mesure de soins et c'est lui qui peut alors transformer la mesure en mesure de soins d'office (art. L. 3212-9, 2° et L. 3213-6 CSP). A la lecture de l'article L. 3213-6 du code de la santé publique, cette possibilité de transformer la mesure de soins vaut même lorsque la demande de levée a été formulée par la commission départementale des soins psychiatriques. La deuxième possibilité offerte au directeur de l'établissement de s'opposer à la demande a été introduite par la loi du 5 juillet 2011 et dépend finalement du psychiatre. Il est prévu que lorsque la demande émane d'un membre de la famille, de la personne chargée de la protection juridique du patient ou de toute personne justifiant de l'existence de relations antérieures avec la personne, le directeur de l'établissement n'est pas tenu de faire droit à cette demande si le psychiatre s'y oppose. Cette faculté d'opposition suppose que le psychiatre atteste que l'arrêt des soins entraînerait un péril imminent pour la santé du patient. C'est donc le pouvoir médical qui, dans l'intérêt du patient, pourra s'opposer à sa sortie, sauf lorsque la demande a été formulée par la commission départementale, celle-ci ayant alors un rôle prépondérant.

S'agissant de la mesure de soins prononcée d'office, c'est d'abord l'absence de décision du préfet – et non l'absence de contrôle médical – au terme des délais requis qui pourra entraîner la levée de la mesure de soins. En outre, c'est le représentant de l'Etat qui peut décider de mettre fin à une mesure de soins après avis d'un psychiatre participant à la prise en charge ou sur proposition de la commission départementale des soins psychiatriques, sous réserve d'une procédure renforcée pour certaines catégories de patients[10] (art. L. 3213-4 CSP).

§ 2 : Le contrôle de la situation individuelle

Le contrôle administratif de la situation individuelle des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement a été confié par le législateur à la commission départementale des soins psychiatriques et à la commission du suivi médical pour les personnes séjournant dans une unité pour malade difficile.

10 - Procédure dérogatoire censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 avril 2012, n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie, note Cécile Castaing, Première censure de la loi du 5 juillet 2011... le législateur n'est pas quitte !, Dr. adm., juin 2012, pp. 36-41.

C'est la loi du 27 juin 1990 qui a créé les commissions départementales des hospitalisations psychiatriques, remplacées depuis la loi du 5 juillet 2011 par les commissions départementales des soins psychiatriques pour tenir compte de la diversification des formes de prise en charge. La commission départementale des soins psychiatriques a pour mission générale d'examiner la situation des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement, quel soit leur mode d'admission, au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes (art. L. 3222-5 CSP). La principale prérogative dont elle dispose consiste à pouvoir demander au directeur d'établissement qui a prononcé une admission en soins psychiatriques, sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent, la levée de la mesure de soins (article L. 3212-9 CSP). Dans ce cas, le directeur de l'établissement est lié par la demande. En revanche elle ne peut que proposer au représentant de l'Etat la levée d'une mesure de soins psychiatriques prononcée d'office (art. L. 3213-4 CSP). La commission départementale peut également proposer au juge des libertés et de la détention d'ordonner la levée de la mesure de soins psychiatriques (art. L. 3222-5 CSP).

La composition de la commission a évolué depuis 1990 avec la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé[11]. Elle comprend six membres nommés pour trois ans renouvelables (art. L. 3223-2 et R. 3223-1 à R. 3223-3 CSP) : deux psychiatres, l'un désigné par le procureur général près la cour d'appel et l'autre par le représentant de l'Etat dans le département, un magistrat désigné par le premier président de la cour d'appel, deux représentants d'associations agréées des personnes malades et de familles de personnes atteintes de troubles mentaux désignés par le représentant de l'Etat et un médecin généraliste désigné lui aussi par le représentant de l'Etat. Le président de la commission est désigné en son sein, par vote à bulletin secret et, en cas de partage des voix, c'est le membre le plus âgé qui est déclaré élu.

L'indépendance de la commission a pu être mise en doute dans la mesure où l'autorité préfectorale, qui prononce les admissions d'office, désigne trois des six membres de la commission. Selon certains auteurs, cette compétence accordée au préfet révèlerait la permanence de la « préoccupation de police » qui était pourtant dénoncée dans la loi de 1838[12]. Le législateur a prévu quelques éléments destinés à garantir cette indépendance, sans pour autant diversifier les modalités de désignation. D'abord seul un des deux psychiatres peut exercer dans un établissement autorisé en psychiatrie désigné par l'agence régionale de

11 - Loi n° 2002-303, JO du 5 mars 2002, p. 4118.

12 - Xavier Vandendriessche, Le droit des hospitalisations psychiatriques : derniers développements, RDSS 1992, p.1, note de bas de page 8. Voir aussi José Coelho, Hospitalisations psychiatriques sous contrainte : plaidoyer pour une réforme, RDSS 2006, p. 254.

santé. En outre, la loi interdit qu'un membre de la commission soit également membre d'un conseil de surveillance (ou d'une instance habilitée à cet effet) d'un établissement de santé accueillant des personnes souffrant de troubles mentaux dans le département de son ressort. Le rapport fait en 2005 par l'Inspection générale des affaires sociales et l'Inspection générale des services judiciaires avait proposé de nommer à la tête de la commission un magistrat pour permettre à l'instance « d'assurer en toute indépendance sa mission de contrôle »[13] : elle préconisait ainsi de « favoriser un meilleur ancrage de la CDHP en prévoyant que le magistrat du siège désigné par le premier président de la cour d'appel pour prendre part aux travaux devra avoir le grade de président ou de vice-président du tribunal de grande instance et qu'il sera de droit président de cette commission ». Cette proposition n'a pas été retenue par le législateur, pas plus d'ailleurs que celle d'assurer l'autonomie fonctionnelle de la structure et sa permanence en dotant chaque commission d'un secrétariat propre alors qu'actuellement elles sont hébergées dans les agences régionales de santé.

L'indépendance indispensable de cette commission mériterait sans doute aussi une plus large diversification des membres la composant. Trois catégories de personnes y sont représentées, avec une nette prédominance de la représentation médicale qui compte la moitié des membres de la commission. La présence d'autres professionnels et notamment d'un avocat est régulièrement réclamée : ainsi, et parmi les propositions de réforme de la loi de 1990, le rapport des deux inspections proposait également de modifier la composition des commissions départementales en limitant la représentation médicale à un psychiatre et un médecin généraliste et en prévoyant la nomination d'un avocat désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats[14]. Là encore le législateur a ignoré cette proposition et n'a donc pas remédier aux faiblesses dénoncées dans le rapport et qui touchent à l'indépendance des commissions, à l'inadaptation de leurs moyens matériels et à l'insuffisante disponibilité des magistrats et des psychiatres qui en font partie et pour lesquels les textes n'ont prévu aucun suppléant.

La composition de la commission du suivi médical, créée dans chaque département d'implantation d'une unité pour malades difficiles (UMD ; art. R. 3222-6 CSP), est encore plus réduite puisqu'elle est composée de quatre membres appartenant tous au corps médical : un médecin inspecteur de santé et trois psychiatres hospitaliers n'exerçant pas dans l'unité pour malade difficile. L'article L. 3222-3 du code de la santé publique prévoit qu'une personne contrainte à une mesure de soins

13 - Alain Lopez, Isabelle Yeni, Martine Valdez-Boulouque et Fabrice Castoldi, 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, rapport IGAS n° 2005 064 / IGSJ n° 11/05, La Documentation française mai 2005, p. 3/5 et p. 59.

14 - Rapport précité, IGAS n° 2005 064 / IGSJ n° 11/05, p. 59.

psychiatriques sous forme d'une hospitalisation complète sur décision du préfet ou sur décision judiciaire peut être admise dans une UMD si elle présente un danger pour autrui tel que les soins, la surveillance ou les mesures de sûreté nécessaires ne peuvent être mis en œuvre que dans une unité particulière, sécurisée. Le décret n° 2011-847 du 18 juillet 2011 a précisé la procédure d'admission en UMD : celle-ci est prononcée par le représentant de l'Etat, sur proposition d'un psychiatre participant à la prise en charge du patient et avec l'accord du psychiatre responsable de l'UMD d'accueil, au vu d'un dossier comprenant notamment un certificat médical établi par le psychiatre qui demande l'admission et précisant le motif de sa demande (art. R. 3222-2 CSP).

Contrairement à la commission départementale des soins psychiatriques, la commission du suivi médical dispose d'un réel pouvoir de décision en matière d'admission et de sortie de l'UMD. Ainsi au moment de l'admission en UMD, si le préfet n'obtient pas l'accord du psychiatre responsable de l'UMD, il peut décider de saisir la commission du suivi médical qui statue sur l'admission « dans les plus brefs délais » (art. R. 3222-2, II CSP). En outre si la commission constate que les conditions d'admission en UMD ne sont plus remplies, elle saisit le préfet qui se retrouve dans une situation de compétence liée puisqu'il doit prononcer la sortie du patient de l'UMD (art. R. 3222-5 CSP). Le représentant de l'Etat retrouve une marge d'appréciation sur la « forme » que peut prendre la sortie : il peut prononcer soit la levée de la mesure de soins, soit une autre forme de prise en charge que l'hospitalisation complète, soit un transfert dans un autre établissement de santé autorisé en psychiatrie et chargé d'assurer les soins psychiatriques sans consentement, soit le retour de la personne dans son établissement de santé d'origine. Dans ce dernier cas et dans l'hypothèse d'une contestation de l'établissement, le préfet du département dans le ressort duquel l'UMD est implantée (ou à paris le préfet de police) saisit la commission du suivi médical qui décidera « dans les plus brefs délais ».

Section II – L'exercice effectif du contrôle

Les textes ont confié des prérogatives aux différentes autorités ou instances susceptibles d'exercer un contrôle administratif des mesures de soins psychiatriques sans consentement. Mais ni les moyens d'action mis à leur disposition ni les sanctions en cas d'insuffisance ou de carence dans l'exercice de ces prérogatives ne permettent d'assurer véritablement l'effectivité et l'efficacité de ce contrôle.

§ 1 : Les moyens d'actions

La visite des lieux de soins. Plusieurs autorités administratives (et judiciaires) sont chargées d'effectuer des visites des établissements accueillant des personnes souffrant de troubles mentaux. L'article L.

3222-4 du code de la santé publique a ainsi prévu que le représentant de l'Etat dans le département et le maire de la commune dans laquelle est implanté un établissement (ou leur représentant respectif) ont pour mission de visiter, sans publicité préalable et à échéance régulière, les établissements autorisés en psychiatrie. La périodicité de ces visites est fixée par la loi. Il convient de relever que la loi du 5 juillet 2011 a allégé le dispositif. Dans sa rédaction antérieure, le législateur avait prévu que les autorités administratives étaient tenues de procéder à ces visites une fois par semestre (et une fois par trimestre pour les autorités judiciaires). Selon cet ancien dispositif, un même établissement devait recevoir jusqu'à treize visites par an : une fois par semestre par le représentant de l'Etat dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé, le maire de la commune (ou leur représentant) au titre des autorités administratives et par le juge du tribunal d'instance et le président du tribunal de grande instance (ou son délégué ou son représentant) au titre des autorités judiciaires et, au moins une fois par trimestre, par le procureur de la République dans le ressort duquel est situé l'établissement. La loi du 5 juillet 2011 a d'une part limité le nombre d'autorités chargées d'effectuer de telles visites (en supprimant celles du directeur général de l'ARS et celle du juge du tribunal d'instance) et a, d'autre part, réduit leur périodicité.

A l'occasion de ces visites, ces autorités peuvent recevoir des réclamations des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement ; elles sont également amenées à prendre connaissance du registre de la loi (art. L 3212-11 et 3213-1 CSP). Le contenu de ce registre est fixé par la loi. Celle-ci énumère les informations administratives et médicales relatives à chaque malade devant y être inscrites : identité de la personne admise en soins psychiatriques sans consentement, date d'admission, avis et certificats médicaux, date et dispositif des décisions rendues par le juge des libertés et de la détention au titre de son contrôle facultatif ou de plein droit. La lecture de ce registre permet ainsi un contrôle rapide de chaque situation individuelle dès la date d'admission. Il doit être visé par les autorités visitant l'établissement, signé et accompagné de leurs éventuelles observations.

Cette mission, dont les faiblesses ont été relevées dans le rapport commun des inspections générales des services judicaires et des affaires sociales publié en mai 2005[15], s'exécute de manière très variable d'un département à l'autre, tant au regard de la périodicité effective, que des modalités des visites, inopinées ou non et de l'utilisation des informations recueillies. A titre d'exemple, l'exploitation du registre de la loi des établissements autorisés en psychiatrie en Gironde révèle qu'en 2010 et 2011 le préfet de département et le maire des communes concernées ne se sont acquittés que très partiellement de leurs obliga-

15 - Rapport précité, IGAS n° 2005 064 / IGSJ n° 11/05, pp. 38-39.

tions[16] : le représentant du préfet n'a visité qu'une seule fois le Centre hospitalier de Cadillac en 2010 (sous l'empire de la loi de 1990, les visites devaient avoir lieu une fois par semestre) et aucune fois en 2011 ; aucune visite de l'Hôpital Garderose de Libourne ; le maire de Cadillac (ou son représentant) n'a visité le Centre hospitalier ni en 2010 ni en 2011, mais a ouvert et fermé le registre de la loi et validé les feuilles en apposant son tampon sur chacune des feuilles ; le maire de Libourne n'a procédé à aucune visite en 2010 et 2011. Le rapport d'évaluation de la loi du 27 juin 1990 avait déjà relevé en 1997 que, d'une manière générale, les visites des établissements par les autorités compétentes n'étaient pas réellement effectuées[17]. La question de l'utilité du maintien de cette disposition dans le code de la santé publique peut alors être discutée, s'agissant en tout cas des visites effectuées par les autorités administratives, d'autant plus que la commission départementale des soins psychiatriques est elle-même chargée d'effectuer de telles visites. Sans doute peut-on se ranger à l'opinion du professeur Didier Truchet, selon lequel « dans un domaine aussi sensible, mieux vaut un excès qu'une insuffisance de contrôle ! »[18].

La commission départementale des soins psychiatriques, instituée par l'article L. 3222-5 du code de la santé publique, 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 ». A ce titre, elle est chargée de visiter les établissements autorisés en psychiatrie et de vérifier les informations figurant sur le registre de la loi et sa conformité aux prescriptions de la loi (art. L. 3223-1 CSP). La périodicité de ses visites est inchangée et a été fixée à deux fois par an (art. R 3223-6 CSP). Pour l'année 2009, quatre-vingt-quinze commissions existaient (cinq départements n'avaient pas de CDHP) et treize ont indiqué à la Direction générale de la santé n'avoir procédé à aucune visite[19] ; sur les deux centres hospitaliers renseignés en Gironde, un des deux centres n'a été visité qu'une seule fois en 2011 et l'autre deux fois. Pour alléger les obligations des six membres de chaque commission et leur permettre de s'acquitter au mieux de cette mission, le pouvoir règlementaire a précisé que, pour ces visites, le nombre des membres de la commission peut se limiter à deux (art. R 3223-6, al. 2 CSP). Leur utilité est censée être garantie par l'obligation des établissements visités de donner aux membres de la commission « toutes facili-

16 - Chiffres aimablement communiqués par le Centre hospitalier de Cadillac et le Centre hospitalier de Libourne, Hôpital Garderose. Le Centre hospitalier Charles Perrens, situé à Bordeaux, n'a pas donné suite à nos demandes d'information.

17 - Hélène Strohl et Martine Clémente, Rapport du groupe national d'évaluation de la loi du 27 juin 1990, Code de mission, SA/AC/GT/950013, Rapport n° 97081, septembre 1997.

18 - Didier Truchet, Malades mentaux, Répertoire de droit civil, Dalloz, août 2006 (dernière mise à jour janvier 2012), Art. 4, n° 53.

19 - Journée des Commissions Départementales des Soins Psychiatriques, organisée le 13 décembre 2011 par la Direction générale de la santé, Bilan du fonctionnement des CDHO – Données 2009, disponible sur le site du Ministère de la santé, http://www.sante.gouv.fr

tés d'accès à l'ensemble des bâtiments de soins », au registre et au dossier administratif de chaque patient ; ils doivent également leur communiquer, s'ils en font la demande, les données médicales nécessaires à l'accomplissement de leur mission et notamment communiquer aux médecins membres de la commission le dossier médical du patient (art. R 3223-6, al. 3 CSP).

A ces visites d'établissements il faut ajouter la visite des UMD par les commissions du suivi médical. Cette commission visite l'UMD « à tout moment qu'elle juge utile et au moins une fois par semestre » (art. R. 3222-8 CSP). Les chiffres communiqués par le directeur du centre hospitalier de Cadillac, qui comporte une UMD, révèle que la commission du suivi médical est en deçà de ces prescriptions législatives puisqu'une seule visite a été effectuée en 2010 et une seule aussi en 2011[20].

Ainsi, si la loi impose à un certain nombre d'autorités administratives de procéder à de telles visites, les données disponibles révèlent qu'un certain nombre d'entre elles ne s'acquitte pas de cette tâche, ou partiellement, malgré les aménagements législatifs notamment quant à leur périodicité. La mission confiée à l'Inspection générale des affaires sociales et à l'Inspection générale des services judiciaires au mois de novembre 2004 avait établi au terme de son étude le constat que les autorités chargées de visiter les établissements souscrivaient de manière très inégale à cette obligation et que certains élus ou certains magistrats ne percevaient pas leur utilité[21]. Elle affirmait que le principe de ces visites devait être conservé mais proposait de simplifier le dispositif en réduisant notamment le nombre des personnalités chargées de se rendre dans les établissements spécialisés au préfet et au procureur de la République, et d'en dispenser les autres autorités (le directeur général de l'agence régionale de santé, le maire de la commune dans lequel est implanté un établissement spécialisé, le juge du tribunal d'instance, le président du tribunal de grande instance et le procureur de la République dans le ressort duquel est situé l'établissement)[22]. La loi du 5 juillet 2011 a supprimé les visites du directeur général de l'ARS et celle du juge du tribunal d'instance, mais a maintenu les autres. Le rapport des inspections proposait également pour renforcer le dispositif que les visites effectuées par le préfet et le procureur de la République devraient faire l'objet d'un compte-rendu adressé à la commission départementale des soins psychiatriques compétente pour améliorer le suivi des réclamations et permettre à celle-ci d'adapter son propre contrôle aux observations ou propositions formulées dans ce compte-rendu. Concernant les visites menées par la commission départementale des soins psychiatriques, le rapport proposait de prévoir

20 - Nous remercions Jacques Laffore, directeur du Centre hospitalier de Cadillac pour sa disponibilité.

21 - Rapport précité, IGAS, n° 2005 064 / IGSJ n° 11/05, p. 39.

22 - Rapport précité, IGAS, n° 2005 064 / IGSJ n° 11/05, p. 61.

dans chaque établissement accueillant des personnes souffrant de troubles mentaux la désignation d'un délégué de la commission chargé notamment de préparer les visites et les entretiens, d'en assurer le suivi et de servir de lien permanent entre les malades, leur famille et le secrétariat de la commission.

L'alerte des autorités compétentes. Une fois l'admission prononcée, et quelle que soit la modalité d'admission, le contrôle administratif de la mesure de soins ne sera effectif que si l'information circule. Le rôle du directeur de l'établissement est ici prépondérant : il doit informer les différentes autorités de contrôle.

Lorsqu'il est l'auteur de la décision d'admission, le directeur de l'établissement doit informer sans délai le représentant de l'Etat dans le département (et, à Paris, le préfet de police) et la commission départementale des soins psychiatriques de toute décision d'admission d'une personne en soins psychiatriques sans consentement ; il doit également leur transmettre une copie du ou des certificat(s) d'admission et du bulletin d'entrée. Il doit enfin notifier sans délai au juge judiciaire les nom, prénoms, profession et résidence habituelle ou lieu de séjour de la personne admise en soins psychiatriques ainsi que, lorsque l'admission a été prononcée à la demande d'un tiers, les mêmes informations concernant ce tiers (art. L. 3212-5 CSP).

Il est ensuite tenu d'adresser aux mêmes autorités une copie des deux certificats établis pendant cette période d'observation et de soins initiale, qu'il soit l'auteur de la décision d'admission ou non (art. L. 3212-5 et L. 3213-1, al. 3 CSP). Puis à chaque terme des délais fixés par la loi, le directeur de l'établissement est tenu d'adresser, toujours « sans délai », aux autorités administratives de contrôle (représentant de l'Etat et commission départementale des soins psychiatriques) les certificats, avis médicaux et attestations prévus pour chaque modification de la forme de prise en charge ou à chaque renouvellement de la mesure de soins. Dans l'hypothèse d'une mesure de soins sous forme d'une hospitalisation complète, le certificat dit de huitaine (établi entre le 5e et le 8e jour suivant l'admission) doit également être adressé au juge des libertés et de la détention.

Si un psychiatre de l'établissement considère que l'état de santé mentale d'une personne admise sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent nécessite toujours des soins mais en outre compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, le directeur de l'établissement d'accueil est tenu d'en informer aussitôt le représentant de l'Etat qui pourra décider de transformer cette mesure en mesure d'admission d'office (art. L. 3213-6 CSP).

Enfin, lorsqu'il met fin à une mesure de soins qu'il a lui-même prononcé, le directeur dispose de vingt-quatre heures pour en informer le

représentant de l'Etat, la commission départementale des soins psychiatriques et les autorités judiciaires compétentes (art. L. 3212-8 CSP). Lorsqu'un psychiatre participant à la prise en charge du malade atteste par un certificat médical que la mesure de soins prononcée d'office n'est plus justifiée et que la levée peut être ordonnée, c'est encore le directeur de l'établissement qui est tenu d'en référer dans les vingt-quatre heures au représentant de l'Etat qui, lui, devra statuer dans les trois jours, délai qui pourra être prolongé si le préfet ordonne une expertise (art. L. 3213-5 CSP). Ainsi le directeur de l'établissement joue le rôle d'une courroie de transmission de l'information entre les différentes autorités de contrôle, ou entre les autorités de contrôle et le patient. C'est la raison pour laquelle il doit lui-même être informé de certaines situations. Ainsi, le directeur de l'établissement doit être informé des hypothèses de désaccord entre le psychiatre et le préfet sur la levée ou la modification d'une mesure de soins prononcée d'office sous forme d'une hospitalisation complète pour pouvoir non seulement saisir sans délai le juge des libertés et de la détention mais aussi pour pouvoir demander immédiatement l'examen du patient par un deuxième psychiatre (art. L. 3213-5 et art. L. 3213-9-1 CSP).

La commission départementale des soins psychiatriques est informée de toute décision d'admission, de toute décision de renouvellement ou de toute décision mettant fin aux soins psychiatriques sans consentement prononcée par le directeur d'établissement et le représentant de l'Etat ; elle peut ainsi examiner la situation des personnes lui ayant adressé des réclamations en toute connaissance de cause. La loi de 2011 a modifié les titres de compétences obligatoires de ces commissions et celles-ci disposent désormais d'un pouvoir d'investigation plus étendu. Alors qu'elle devait examiner obligatoirement la situation des personnes dont l'hospitalisation sur demande d'un tiers se prolongeait au-delà de trois mois, le législateur a élargi les personnes pouvant être destinataires de ce contrôle systématique mais en a repoussé le terme : l'article L. 3223-1, 3°, b) du code de la santé publique prévoit désormais que la commission examine obligatoirement la situation de toutes les personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement qui se prolongent au-delà d'une durée d'un an. La loi ajoute par ailleurs un deuxième titre de compétence obligatoire en prévoyant que la commission doit examiner la situation de toutes les personnes admises en soins psychiatriques par le directeur de l'établissement en cas de péril imminent sans demande d'un tiers (art. L 3223-1, 3°, a)). Dans ce dernier cas, le décret du 18 juillet 2011 a précisé que la commission examine la situation de ces personnes « avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de cette admission, puis au moins une fois tous les six mois » (art. R. 3223-8, II CSP). Le plan « Psychiatrie et santé mentale 2005-2008 » avait proposé d'élargir leurs compétences à toutes les situations portant atteinte à la liberté individuelle (placement en chambre d'isolement, contention, placement en service fermé pour les per-

sonnes en hospitalisation libre)[23]. Cet élargissement qui, selon la Cour des comptes, « aurait été le bienvenu » a été abandonné et « seuls des ajustements mineurs ont été opérés »[24] par la loi du 5 juillet 2011.

La commission départementale des soins psychiatriques est également compétente pour recevoir les réclamations des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement (art. L. 3223-1 CSP) ; mais la loi ne précise pas son rôle une fois qu'elle a « reçu » ces réclamations. Le rapport d'évaluation de la loi du 27 juin 1990 déplorait dès 1997 que certaines commissions départementales des hospitalisations psychiatriques négligent de répondre au « plaignant » et proposait que les commissions soient tenues d'instruire les plaintes sur place et sur pièce et de transmettre un avis au juge[25]. La loi du 5 juillet 2011 n'a pas suivi les auteurs du rapport sur ce point.

C'est parce qu'elle dispose de ces moyens d'action et qu'elle est tenue informée de la situation des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement que le législateur lui reconnaît compétence pour demander au directeur d'établissement ou proposer au représentant de l'Etat la levée de la mesure de soins psychiatriques sans consentement. Mais là encore les données disponibles issues des rapports d'activités des commissions révèlent que celles-ci n'utilisent pas ou peu ce pouvoir : pour l'année 2009, quatre-vingt-sept commissions départementales n'ont demandé aucune levée d'hospitalisation à la demande d'un tiers (HDT), deux en ont proposé une, une commission en a proposé trois et une autre quatre. Le nombre de propositions de levées d'hospitalisation d'office (HO) est à peu près comparable : quatre-vingt- six commissions n'ont formulé aucune proposition, deux ont proposé une seule levée et une commission en a proposé deux[26]. Les données disponibles pour cette même année concernant les propositions de sortie immédiate faites au juge des libertés et de la détention sont les mêmes : quatre-vingt-six commissions n'ont formulé aucune proposition de sortie immédiate d'HDT, deux commissions ont fait une seule proposition de sortie de HDT et une commission a fait deux propositions de sortie immédiate de HDT ; pour les HO, quatre-vingt-une commissions n'ont formulé aucune proposition de levée de la mesure et cinq ont fait une seule proposition. Certains auteurs ont déjà relevé que, « de notoriété publique » les commissions départementales s'acquittaient mal de leur rôle[27]. Les rapports

23 - Plan « Psychiatrie et santé mentale » 2005-2008, p. 43 disponible sur www.sante.gouv.fr

24 - Rapport public thématique, L'organisation des soins psychiatriques : les effets du plan « Psychiatrie et santé mentale » [2005-2010], décembre 2011, p. 39.

25 - Rapport n° 97081 préc., : « La CDHP doit instruire toute plainte en entendant le malade et en ne se contentant pas de téléphoner au médecin traitant hospitalier » (Chap. 3, point 5.1).

26 - Voir le bilan du fonctionnement des CDHO – Données 2009, proposé lors de la Journée des Commissions Départementales des Soins Psychiatriques, organisée le 13 décembre 2011 par la Direction générale de la santé et disponible sur le site du Ministère de la santé, http://www.sante.gouv.fr

27 - Didier Truchet, Malades mentaux, Répertoire de droit civil, Dalloz, août 2006 (dernière mise à jour janvier 2012), Art. 4, n° 53.

qui se sont succédés depuis la loi du 27 juin 1990 ont également relevé l'incapacité des commissions à accomplir pleinement leur mission, demandant que les moyens des commissions soient renforcés et leur indépendance assurée[28]. La loi de 2011 n'a pas satisfait à cette demande.

§ 2 : Les sanctions

La « sanction » administrative. La loi ne prescrit aucune suite aux visites d'établissement ; elle ne prévoit pas davantage de sanction en cas de carence des autorités administratives habilitées à y procéder. La question de leur utilité concrète se pose.

Seules les visites effectuées par la commission départementale des soins psychiatriques et la commission du suivi médical donnent lieu à des observations. La commission départementale des soins psychiatriques dispose d'un « pouvoir général d'alerte »[29] par le rapport d'activité qu'elles doivent élaborer chaque année et adresser à différentes autorités. Le nombre de destinataires de ce rapport d'activité a été augmenté par la loi de 2011 et comprend désormais le juge des libertés et de la détention compétent dans le ressort territorial de chaque commission, le représentant de l'Etat dans le département et le directeur général de l'agence régionale de santé (art. L. 3223-1 CSP). Avant la loi du 5 juillet 2011, le directeur général de l'ARS faisait partie des autorités administratives chargées de visiter les établissements autorisés en psychiatrie une fois par semestre. Le législateur a supprimé ce déplacement obligatoire et l'a compensé en faisant figurer cette autorité parmi les destinataires du rapport d'activité des commissions.

La portée de cette communication est garantie par les pouvoirs que le législateur a conféré au directeur général de l'ARS. Non seulement il est compétent pour désigner les établissements autorisés en psychiatrie chargés de prendre en charge les personnes admises en soins psychiatriques sans consentement (art. L. 3222-1 CSP), mais en outre il est l'autorité compétente pour délivrer les autorisations des projets relatifs à la création, la conversion et le regroupement des activités de soins psychiatriques, y compris sous la forme d'alternatives à l'hospitalisation ou d'hospitalisation à domicile (art. L. 6122-1 CSP et art. R. 6122-25, 4°CSP). Cette autorisation est donnée pour une durée déterminée, ce qui impose aux titulaires de lui demander périodiquement un renouvellement. En outre, le directeur général de l'ARS dispose de pouvoirs importants pour contraindre le titulaire de l'autorisation (art. L. 6122-13 CSP). La loi lui reconnaît en effet un pouvoir d'injonction en cas de manquement aux lois et règlements pris pour la protection de la santé publique

28 - Rapport n° 97081, septembre 1997 précité.

29 - Florent Cochez et Xavier Gadrat, Les soins psychiatriques sans consentement, Après la loi du 5 juillet 2011, Actualités sociales hebdomadaires, mars 2012, p. 69.

ou à la continuité des soins. S'il constate un tel manquement, le directeur général de l'agence régionale de santé le notifie au titulaire de l'autorisation et lui demande de faire connaître, dans les huit jours, ses observations en réponse et les mesures correctrices adoptées ou envisagées. En l'absence de réponse dans ce délai ou si cette réponse est insuffisante, il adresse au titulaire de l'autorisation une injonction de prendre toutes dispositions nécessaires et de faire cesser définitivement les manquements dans un délai déterminé et en constate l'exécution. En outre, la loi confère également au directeur général de l'ARS un pouvoir de suspension voire de retrait de l'autorisation, notamment en cas d'urgence tenant à la sécurité des patients (ou lorsqu'il n'a pas été satisfait, dans le délai fixé, à l'injonction prévue).
Ainsi, lorsque le rapport d'activité d'une commission départementale des soins psychiatriques, qui comporte notamment des conclusions sur les constatations qu'elle a opérées lors de la visite des établissements, révèle que le registre de la loi n'est pas ou mal tenu, ou que le respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes n'est pas assuré, ces résultats ne peuvent être sans effet sur l'appréciation portée par l'autorité de tutelle qu'est le directeur général de l'ARS.

Les conclusions contenues dans les rapports des commissions départementales ont également donné lieu à des questions parlementaires écrites, députés et sénateurs attirant l'attention du ministre de la Santé sur les dysfonctionnements qui y sont relevés : il peut s'agir dans un établissement de la vétusté d'une chambre d'isolement qui porte atteinte à la dignité des personnes[30], de la saturation des unités d'admission dans un autre établissement et de l'installation de lits supplémentaires générant une promiscuité privant les patients des conditions de confort et de sécurité élémentaire[31].

La commission du suivi médical, qui est chargée de visiter les unités pour malades difficiles mises en place dans certains établissements, est tenue, à l'issue de chacune de ses visites, d'établir un compte-rendu qu'elle adresse à la commission départementale des soins psychiatriques, au préfet de département (et à Paris au préfet de police) et au procureur de la République (art. R. 3222-8 CSP). Là encore si la commission s'acquitte de sa tâche, l'information pourra être transmise au directeur général de l'ARS par l'intermédiaire du rapport d'activité de la commission départementale des soins psychiatriques, si celle-ci fait état ds informations reçues. Mais aucune disposition ne prévoit de sanction en cas de carence des commissions dans leurs déplacements obligatoires ou en cas de carence dans l'élaboration d'un rapport d'activité ou d'un compte rendu.

30 - AN, Question écrite n° 43760, JO 10 mars 2009, p. 2249 (réponse publiée au JO le 18 août 2009, p. 8143).

31 - AN, Question écrite n° 4, JO 3 mars 2007, p. 4782 (réponse publiée au JO le 9 octobre 2007, p. 6173).

Les sanctions juridictionnelles. Le législateur a assorti certaines de ces prescriptions de sanctions pénales. Parmi les instances administratives participant au contrôle des mesures de soins psychiatriques sans consentement, seul le directeur de l'établissement est concerné par ces dispositions.
Ainsi, au terme de l'article L. 3215-1 du code de la santé publique, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait pour le directeur d'établissement de maintenir une mesure de soins psychiatriques sans consentement alors que la levée de la mesure est ordonnée par le représentant de l'Etat dans le département (ou, à Paris, le préfet de police) ou par le juge des libertés et de la détention. Le directeur de l'établissement est passible de la même peine à chaque fois qu'il maintient la mesure de soins alors qu'il est dans une hypothèse où il devait prononcer la levée ou que celle-ci était acquise de plein droit en raison du non-respect des formalités prévues par le législateur. Ainsi, il engage sa responsabilité pénale s'il maintient une personne admise en soins psychiatriques sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent alors qu'un des deux certificats de la période d'observation et de soins initiale atteste que la mesure n'est pas justifiée, lorsque un certificat médical n'est pas produit dans les délais requis par la loi, ou enfin lorsqu'un psychiatre atteste que les conditions ayant motivé l'admission ne sont plus réunies. Sa responsabilité pénale sera également engagée s'il ne prononce pas la levée d'une mesure de soins prononcée d'office lorsque le représentant de l'Etat n'a pris aucune décision à l'issue des délais prévus par la loi.

C'est ensuite lorsque le droit au recours juridictionnel ou plus largement les droits de la défense sont affectés que le législateur a prévu des sanctions pénales. Ainsi, le fait pour le directeur de l'établissement (ou pour tout médecin de l'établissement) de supprimer ou de retenir une requête ou une réclamation adressée à l'autorité judiciaire ou administrative par un patient est également passible d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.
Le non-respect des garanties procédurales accordées à la personne contrainte à des soins psychiatriques peut également faire l'objet d'une sanction pénale (six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende, art. L. 3215-2 CSP) : il s'agit du fait pour le directeur de prononcer l'admission d'une personne en soins psychiatriques sans consentement sur demande d'un tiers sans avoir obtenu la demande, ou pour cette même modalité et l'admission en cas de péril imminent, le fait de prononcer la mesure sans avoir obtenu les (ou le) certificats médicaux requis. Le législateur n'a pas pris la même disposition dans l'hypothèse où c'est le représentant de l'Etat qui prononcerait une mesure d'admission d'office sans avoir obtenu le certificat médical prévu par la loi ou dans celle où c'est le maire qui prendrait une mesure provisoire d'urgence sans « avis médical » préalable.

Le fait d'omettre d'informer et de transmettre les documents établis au représentant de l'Etat dans les délais requis est également punissable dans les mêmes termes, de même que l'absence de tenue ou de présentation du registre. En revanche, la même carence dans la transmission des informations et documents, lorsqu'elle résulte d'une négligence de la commission départementale des soins psychiatriques, n'est pas punissable. Aucune raison ne justifie cette absence de sanction, celle-ci traduisant peut-être le manque d'intérêt que le législateur accorde à cette instance.

La sanction contentieuse se limite à peu près à ces dispositions. En dehors de l'admission, le contrôle administratif est un contrôle *a posteriori* ce qui exclut largement les conséquences d'une irrégularité sur la légalité de la décision prise. Le Conseil d'Etat a ainsi pu considérer que le fait d'omettre d'informer une commission départementale des soins psychiatriques n'a pas d'influence sur la légalité de la décision prise dans la mesure où la commission intervient postérieurement[32].

Enfin, la loi dispose que l'irrégularité de la décision administrative d'admission, qui à compter du 1er janvier 2013 ne pourra être établie que par le juge des libertés et de la détention, n'entraînera la mainlevée de la mesure que s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui y est contrainte (art. L. 3213-1 CSP). Cette disposition a été contestée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité et le Conseil d'Etat ne l'a pas renvoyée au juge constitutionnel au motif qu'elle n'était pas applicable au litige. Elle pourrait à nouveau être posée à l'occasion d'un litige portant sur une mesure individuelle d'admission ou de maintien en soins psychiatriques irrégulière dont le juge des libertés et de la détention refuserait de prononcer la mainlevée. Or la question de la constitutionnalité de cette disposition au regard de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui impose qu'une personne ne soit détenue « que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites » paraît sérieuse : comment considérer qu'une personne contrainte à une mesure de soins psychiatriques sous forme d'une hospitalisation complète par une décision administrative irrégulière l'a été selon les formes prescrites par la loi ? La question de la conventionnalité de cette disposition se pose également, au regard de l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'homme qui impose que toute personne privée de sa liberté puisse avoir le droit d'introduire un recours devant un tribunal qui « statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ».

32 - Conseil d'Etat, ord. 14 octobre 2004, M. Benjamin A., n° 273047.

LE CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ ET LES SOINS PSYCHIATRIQUES IMPOSÉS

Jean-Yves Maréchal
Maître de conférences à l'Université Lille 2
Membre du CEPRISCA

À la suite de l'adoption par l'Organisation des Nations Unies, le 10 décembre 1984, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[1], un protocole facultatif se rapportant à ladite convention a été adopté le 18 décembre 2002 dont l'objectif était, selon l'article 1er, « l'établissement d'un système de visites régulières, effectuées par des organismes internationaux et nationaux indépendants, sur les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté, afin de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». L'intégration en droit interne de ce protocole[2] supposait donc d'instaurer un mécanisme de cette nature, ce qui a été réalisé par la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007[3] qui a institué un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

Cette autorité administrative indépendante, chargée « de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux »[4], a pris place au sein du paysage juridique français peu avant le Défenseur des droits, inscrit à l'article 71-1 de la Constitution par la loi

1 - Publiée au JO par le décret n° 87-916 du 9 novembre 1987 (JO 14 novembre 1987, p. 13267).

2 - Par la loi n° 2008-739 du 28 juillet 2008 (JO 30 juillet 2008, p. 12203) en autorisant l'approbation puis par le décret n° 2008-1322 du 15 décembre 2008 réalisant sa publication au JO (JO 17 décembre 2008, p. 19224).

3 - JO 31 octobre 2007, p. 17891.

4 - Art. 1er de la loi du 30 octobre 2007.

constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008[5], et dont la fonction est de « veiller au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ». Le Défenseur des droits a remplacé, à compter de juin 2011, le Médiateur de la République, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, le Défenseur des enfants et la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité. Si le Défenseur des droits présente la nature d'une autorité constitutionnelle, contrairement au Contrôleur général des lieux de privation de liberté, il est évident que les missions de ces deux autorités présentent une grande proximité qui les a d'ailleurs conduites à conclure une convention[6], le 8 novembre 2011, destinée à permettre une répartition précise des rôles entre elles et prévoyant notamment que lorsque le Défenseur des droits est saisi d'une réclamation entrant dans le domaine d'intervention du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, il saisit ce dernier conformément à l'article 6 de la loi du 30 octobre 2007, la même solution s'appliquant dans le cas contraire.

Si le rôle du Contrôleur général des lieux de privation de liberté s'avère particulièrement important s'agissant des établissements pénitentiaires[7], il ne se réduit pas à ces derniers et concerne également tous les autres lieux de privation de liberté comme les commissariats de police et gendarmeries, les centres de rétention administrative et zones d'attente, les centres éducatifs fermés et les établissements de santé. Ces derniers sont en effet susceptibles d'accueillir des personnes qui, atteintes de troubles mentaux, font l'objet de soins psychiatriques imposés, lesquels ne sont plus nécessairement dispensés dans le cadre d'une hospitalisation complète depuis la réforme opérée par 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[8]. Instituant divers mécanismes destinés à renforcer les droits des personnes faisant l'objet de tels soins psychiatriques sous la contrainte, notamment par l'intervention du juge des libertés et de la détention[9], la loi de 2011 innove également par la référence faite désormais dans les textes du Code de la santé publique au Contrôleur général des lieux de privation de liberté, cette référence ne signifiant pas, comme on le

5 - V. égal. la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (JO 30 mars 2011, p. 5497) et la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (JO 30 mars 2011, p. 5504).

6 - Publiée sur le site Internet du Contrôleur général des lieux de privation de liberté : www.cglpl.fr.

7 - V. les rapports annuels du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, disponibles sur le site internet précité.

8 - V. art. L. 3211-2-1 CSP.

9 - Art. L. 3211-12 et L. 3211-12-1 CSP ; v. Y. Broussolle, Les principales dispositions de la loi relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, LPA 25 octobre 2011, n° 212, p. 5 ; v. dans cet ouvrage, B. Py, Le juge des libertés et de la détention et l'hospitalisation.

constatera, que ce dernier n'avait aucune rôle dans ce domaine avant 2011. Avant d'analyser la teneur de ces dispositions particulières aux soins psychiatriques imposés afin d'en apprécier la portée (section II), il convient d'exposer le cadre général dans lequel le Contrôleur général des lieux de privation de liberté est susceptible d'intervenir (section I).

Section I - Le cadre d'intervention du Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Pour assurer les fonctions qui sont les siennes (§ 1), le Contrôleur général des lieux de privation de liberté dispose d'un certain nombre de prérogatives (§ 2).

§ 1 : Fonctions

Premier Contrôleur général des lieux de privation de liberté, nommé le 13 juin 2008, J.-M. Delarue, ancien vice-président de la section du contentieux au Conseil d'Etat, est, à l'heure actuelle, assisté dans ses fonctions par un secrétaire général, dix-huit contrôleurs exerçant à temps plein, seize intervenants extérieurs apportant leur concours, en qualité de contrôleur, de façon intermittente ou continue, cinq chargés d'enquêtes ainsi qu'une équipe administrative de cinq collaborateurs. Aux termes de l'article 2 du décret n° 2008-246 du 12 mars 2008 relatif au Contrôleur général des lieux de privation de liberté, les emplois de contrôleurs sont pourvus par des magistrats, des fonctionnaires, des praticiens hospitaliers ou des militaires placés en position de détachement dans les conditions prévues par leur statut respectif ou par des agents non titulaires de droit public. Les fonctions peuvent également être occupées par les mêmes personnes lorsqu'elles sont retraitées.
L'article 2 de la loi du 30 octobre 2007 dispose que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté est nommé en raison de ses compétences et connaissances professionnelles par décret du Président de la République pour une durée de six ans, son mandat n'étant pas renouvelable. Son indépendance est assurée, d'une part, par l'immunité dont il bénéficie, en vertu de laquelle il ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions qu'il émet ou des actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions. D'autre part, ces dernières ne peuvent prendre fin avant l'expiration de son mandat sauf en cas de démission ou d'empêchement. Enfin, la loi de 2007 a instauré une incompatibilité entre lesdites fonctions et tout emploi, activité professionnelle ou mandat électif[10]. En outre, selon l'article 5 de la loi, le Contrôleur général, ses collaborateurs et les contrôleurs qui l'assistent sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont connaissance en raison de leurs fonctions, sous réserve des éléments nécessaires à l'établissement des rapports, recom-

10 - Art. 2 de la loi du 30 oct. 2007.

mandations et avis. Ils ne peuvent, dans ceux-ci ou dans les interventions orales du Contrôleur général, mentionner aucun élément permettant l'identification des personnes concernées par le contrôle.

La mission du Contrôleur général des lieux de privation de liberté consiste à contrôler les conditions de traitement des personnes privées de liberté afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux et de prévenir toute atteinte à ces droits, c'est-à-dire notamment les droits à la dignité, à la liberté de pensée et de conscience, au maintien des liens familiaux, aux soins, au travail ou encore à la formation. A cette fin, le législateur a prévu que cette autorité peut être informée et saisie.

Le dispositif d'information est exposé par l'article 6 de la loi aux termes duquel, toute personne physique ainsi que toute personne morale s'étant donné pour objet le respect des droits fondamentaux, peuvent porter à sa connaissance des faits ou situations susceptibles de relever de sa compétence. Il s'agit donc d'un mécanisme très largement ouvert, comme celui applicable au Défenseur des droits[11], puisqu'aucune restriction n'existe pour les personnes physiques, qui peuvent être les personnes concernées par la situation ou n'importe quel tiers ayant connaissance de celle-ci. Cependant, en pratique, il apparaît que l'information provient, pour l'année 2011, de la personne concernée dans plus de 77 % des cas et de ses proches dans plus de 9 %. Il s'en déduit donc que les autres tiers ne constituent qu'une source très marginale d'information et surtout que les personnes morales, c'est-à-dire les associations, n'utilisent que très rarement leurs prérogatives[12]. Il convient de noter encore qu'en matière d'hospitalisation forcée, 135 courriers, représentant moins de quatre pour cent du total, ont été adressés au Contrôleur général afin de porter à sa connaissance des faits ou situations relevant de sa compétence[13].

La saisine proprement dite du Contrôleur général est, selon la loi, réservée à certaines autorités, à savoir le Premier ministre, les membres du gouvernement, les membres du Parlement et le Défenseur des droits. Cependant, le Contrôleur général peut également se saisir d'office et il est évident que le dispositif d'information venant d'être évoqué est destiné à permettre cette saisine d'office. Il convient d'ailleurs de relever qu'en 2011, l'autorité n'a été saisie, au sens strict, par une autorité administrative indépendante ou un parlementaire que dans un peu plus d'un pour cent des cas. Au demeurant, la lecture des rapports d'activité de l'autorité révèle que cette dernière ne fait pas formellement de distinction entre information et saisine, malgré les termes de la loi de 2007, se considérant « saisie » par les personnes privées lui adressant les courriers d'information.

11 - V. art. 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

12 - 2,78 pour cent des courriers adressés à l'autorité émanaient en 2011 d'associations. V. Rapport d'activité 2011, p. 277.

13 - V. Rapport d'activité 2011, p. 278.

Lorsque le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a été saisi ou s'est saisi d'office, il dispose d'un certain nombre de prérogatives.

§ 2 : Prérogatives

L'autorité créée par la loi de 2007 peut procéder à des visites de lieux privatifs de liberté, dispose d'un pouvoir de formuler des observations, avis et recommandations ainsi que de la faculté de dénoncer des faits portant atteinte aux droits fondamentaux des personnes.

La tâche du Contrôleur général des lieux de privation de liberté s'accomplit logiquement au moyen de la réalisation de visites dans les lieux dans lesquels des personnes sont privées de liberté. Aux termes de l'article 8 de la loi de 2007, il s'agit de tout lieu où des personnes sont privées de leur liberté par décision d'une autorité publique ainsi que tout établissement de santé habilité à recevoir des patients hospitalisés sans leur consentement visé à l'article L. 3222-1 du code de la santé publique, c'est-à-dire des établissements psychiatriques. Le législateur précise que les visites peuvent avoir lieu à tout moment et, en pratique, elles sont diligentées soit de manière inopinée, soit de manière programmée c'est-à-dire avec avertissement préalable adressé au responsable de l'établissement. L'article 17 du règlement de service du Contrôleur général des lieux de privation de liberté[14] précise qu'en principe, les visites d'établissements dans lesquels l'état des lieux et des personnes est susceptible d'être modifié rapidement doivent être inopinées. Statistiquement, 74 % des visites sont inopinées mais sur les 85 visites d'établissements de santé effectuées entre 2008 et 2011, 45 avaient fait l'objet d'un préavis[15].
Le législateur a prévu que les autorités responsables du lieu de privation de liberté ne peuvent s'opposer à la visite que pour des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale, à la sécurité publique, à des catastrophes naturelles ou à des troubles sérieux dans le lieu visité. Dans un tel cas, elles doivent fournir au Contrôleur général les justifications de leur opposition et proposer son report. Lorsque les circonstances exceptionnelles motivant le report ont cessé, elles en informent le Contrôleur général. Il résulte de ce texte que le Contrôleur général ne dispose ni du pouvoir de vérifier la pertinence ou le bien-fondé des justifications, ni *a fortiori*, celui de passer outre à l'opposition formulée par les responsables de l'établissement.
S'agissant du déroulement des visites, l'article 12 du décret du 12 mars 2008 énonce que le contrôleur prend les contacts qu'il estime utiles avec les autorités administratives et judiciaires ainsi qu'avec toutes personnes susceptibles de lui apporter des informations utiles. Ce point a été précisé dans le règlement de service qui dispose qu'après le début

14 - Règlement établi en application de l'article 7 du décret n° 2008-246 du 12 mars 2008 relatif au Contrôleur général des lieux de privation de liberté et consultable sur son site Internet.

15 - V. Rapport d'activité 2011, p. 289.

de la visite, le chef de mission avise, dès que possible, le représentant de l'État dans le département ou la collectivité et le procureur de la République près le tribunal de grande instance du ressort. S'il s'agit d'un établissement de santé, il informe, en outre, le directeur de l'agence régionale de santé compétent[16].
D'une manière générale, le contrôleur doit obtenir des autorités responsables du lieu toute information ou pièce utile à l'exercice de sa mission et il peut s'entretenir, dans des conditions assurant la confidentialité de leurs échanges, avec toute personne dont le concours lui paraît nécessaire[17]. La seule réserve tient au caractère secret des informations et pièces dont le contrôleur demande communication, le législateur ayant prévu que ce secret ne pouvait lui être opposé sauf si la divulgation de ces informations ou pièces est susceptible de porter atteinte au secret de la défense nationale, à la sûreté de l'Etat, au secret de l'enquête et de l'instruction, au secret médical ou au secret professionnel applicable aux relations entre un avocat et son client[18]. Dans le cas de la visite d'un établissement de santé habilité à recevoir des patients hospitalisés sans leur consentement, le contrôleur peut se faire communiquer la décision de placement, de maintien ou de levée de l'hospitalisation ainsi que tous documents justifiant la prise de cette décision[19].

A l'issue de la visite, est établi un rapport de constat, soumis au contrôleur général, qui l'adresse au chef de l'établissement visité afin de recueillir ses observations. Ce dernier dispose d'un délai d'un mois, sauf circonstances particulières, pour répondre et, en l'absence de réponse, le Contrôleur général rédige le rapport final[20]. En vertu de l'article 9 de la loi de 2007, le Contrôleur général fait connaître aux ministres intéressés ses observations, contenues dans ce rapport, relatives en particulier à l'état, l'organisation ou le fonctionnement du lieu visité ainsi qu'à la condition des personnes privées de liberté. Les ministres formulent à leur tour des observations en réponse dans le délai fixé par le Contrôleur général, qui ne peut être inférieur à un mois[21], ces observations étant annexées au rapport établi par lui.
Il existe une procédure particulière applicable au cas où le Contrôleur constate une violation grave des droits fondamentaux d'une personne privée de liberté. L'article 9 de la loi de 2007 énonce que, dans cette hypothèse, le Contrôleur général communique sans délai aux autorités compétentes ses observations, leur impartit un délai pour y répondre

16 - Règlement de service du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, art 21.

17 - Art. 8, al. 3, de la loi du 30 octobre 2007, art. 13 du décret du 12 mars 2008 et art. 24 du règlement de service.

18 - Art. 8, al. 4, de la loi du 30 octobre 2007.

19 - Art. 14 du décret du 12 mars 2008.

20 - Art. 31 du règlement de service.

21 - Art. 15 du décret du 12 mars 2008. L'article 32 du règlement de service indique que ce délai est compris entre cinq semaines et deux mois.

et, à l'issue de ce délai, constate s'il a été mis fin à la violation signalée. S'il l'estime nécessaire, il peut rendre immédiatement public le contenu de ses observations et des réponses reçues. Cette procédure d'urgence a été mise en œuvre une seule fois, fin 2011, à la suite d'une visite dans un établissement pénitentiaire[22].

Le principal moyen d'action, ou plutôt de pression, du Contrôleur général des lieux de privation de liberté réside dans le pouvoir qui lui est conféré d'émettre des avis et recommandations et de publier un rapport annuel. Il résulte en effet de l'article 10 de la loi de 2007 que, dans son domaine de compétence, le Contrôleur général émet des avis, formule des recommandations aux autorités publiques et propose au gouvernement toute modification des dispositions législatives et réglementaires applicables. Après en avoir informé les autorités responsables, il peut rendre publics ces avis, recommandations ou propositions, ainsi que les observations de ces autorités. On peut remarquer que la loi n'impose pas que les avis et recommandations soient émis après une ou des visites même s'il semble logique que ces dernières les précèdent. En outre, l'article 35 du règlement de service énonce que lorsque des recommandations ne sont pas publiées, les conclusions du rapport de visite en tiennent lieu.
Il est intéressant de noter que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a formulé, le 15 février 2011, un avis relatif à certaines modalités de l'hospitalisation d'office[23], qui concernait le régime applicable avant la loi du 5 juillet 2011, mais dont le Rapport annuel pour l'année 2011 maintient certaines des recommandations[24]. En plus des avis et recommandations, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté remet chaque année un rapport d'activité au Président de la République et au Parlement, rapport qui est rendu public et facilement accessible sur son site Internet.

La dernière prérogative du Contrôleur général figure à l'article 9, alinéas 3 et 4, de la loi de 2007 et consiste dans une faculté de dénonciation, d'une part, au procureur de la République de faits constatés qui constitueraient une infraction. Ce pouvoir constitue, comme le rappelle le texte, une application des dispositions de l'article 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale selon lesquelles toute autorité constituée, notamment, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenue d'en aviser sans délai le procureur de la République et de lui transmettre tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. Cette prérogative, susceptible d'être à l'origine de poursuites pénales, se conçoit aisément après une visite dans un établissement mais elle pourrait aussi être mise

22 - V. Rapport d'activité 2011, p. 290 et 291.

23 - JO 20 mars 2011.

24- V. sur ces points, Rapport d'activité 2011, p. 18 à 22.

en œuvre à la suite de la réception de courriers par le Contrôleur général. La loi de 2007 ajoute que ce dernier porte sans délai à la connaissance des autorités ou des personnes investies du pouvoir disciplinaire les faits de nature à entraîner des poursuites disciplinaires, cette seconde dénonciation pouvant naturellement compléter la première[25].

Au terme de l'analyse des pouvoirs du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, tels qu'ils sont prévus par la loi de 2007, il faut constater que ces derniers demeurent relativement limités et que, notamment, il ne lui appartient pas d'intervenir ou de s'immiscer dans les procédures, notamment judiciaires, susceptibles d'être diligentées par les personnes privées de liberté[26], ce que, d'ailleurs, ces dernières peinent parfois à comprendre[27]. La question qui doit être abordée maintenant est celle de savoir si l'institution ressort renforcée par la réforme opérée, en matière de soins psychiatriques imposés, par la loi du 5 juillet 2011.

Section II - Le rôle particulier du Contrôleur général des lieux de privation de liberté en matière de soins psychiatriques imposés

Le code de la santé publique fait aujourd'hui référence, dans sa partie consacrée aux soins psychiatriques, au Contrôleur général des lieux de privation de liberté, ce qui constitue une innovation de la loi du 5 juillet 2011. Le rôle assigné à cette autorité dans le dispositif des soins imposés s'avère cependant fort modeste dès lors que deux textes seulement prévoient, pour l'un, que le malade privé de liberté peut informer le Contrôleur général de certains faits (§1) et, pour l'autre, que la commission départementale des soins psychiatriques doit lui adresser son rapport d'activité annuel (§2).

§ 1 : Droit d'informer le Contrôleur général des lieux de privation de liberté

L'article L. 3211-3 du code de la santé publique, modifié de manière substantielle par la loi de 2011, est consacré aux droits de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement. Plus précisément, le texte, qui se réfère aux chapitres II et III du Titre I du Livre II du code, est applicable aux personnes admises en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent pour leur santé[28] ainsi qu'aux personnes faisant l'objet de ces soins sur décision du représentant de l'État, c'est-à-dire un arrêté préfectoral concernant une personne dont les troubles mentaux nécessitent des soins et

25 - De telles dénonciations ont été effectuées au cours de l'année 2011. V. Rapport d'activité 2011, p. 290.

26 - Art. 1er de la loi du 30 octobre 2007.

27 - Rapport d'activité 2011, p. 265.

28 - Art. L. 3212-1 et s csp.

compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public[29]. Il faut cependant ajouter que le domaine d'application du texte s'étend à la situation des détenus hospitalisés en raison de leurs troubles mentaux, l'article L. 3214-2 du code de la santé publique, relatif à ces détenus, opérant un renvoi aux dispositions de l'article L. 3211-3, sous réserve des restrictions rendues nécessaires par la qualité de détenu ou l'état de santé des intéressés.

Ce dernier texte, qui affirme, sous forme de principe général, que les restrictions à l'exercice des libertés individuelles des malades doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à leur état mental et à la mise en œuvre du traitement requis et que la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée, consacre d'abord un droit du malade d'être informé des projets de décisions relatives aux soins afin de pouvoir faire valoir ses observations. La personne doit également être informée des décisions d'admission en soins et de maintien de ceux-ci ainsi que de sa situation juridique, de ses droits, des voies de recours qui lui sont ouvertes et des garanties liées à l'intervention nécessaire du juge des libertés et de la détention[30]. Le législateur énumère enfin une série de huit droits, que la personne peut exercer « en tout état de cause », parmi lesquels figure celui de porter à la connaissance du Contrôleur général des lieux de privation de liberté des faits ou situations susceptibles de relever de sa compétence[31].
Il s'agit donc d'un complément apporté par la loi du 5 juillet 2011 au texte qui ne comportait auparavant que la mention de sept droits. Cependant, il convient de s'interroger sur la portée réelle de cette modification. En effet, le législateur n'a nullement instauré un nouveau droit substantiel puisque la faculté pour toute personne d'informer le Contrôleur général des lieux de privation de liberté de faits ou situations relevant de sa compétence est inscrite à l'article 6 de la loi du 30 octobre 2007 et existait donc, comme on l'a vu, avant la modification de l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique par la loi de 2011. En réalité, l'innovation réside dans le fait que ce droit du malade d'informer le Contrôleur général, désormais mentionné dans le texte, doit être porté à la connaissance de la personne concernée, ainsi que cela résulte de l'article L. 3211-3, alinéa 3, b), rappelé ci-dessus, alors que tel n'était pas le cas dans la version précédente du texte qui, s'il prévoyait déjà ce devoir d'informer le malade de ses droits ne visait pas spécialement ce droit particulier. En d'autres termes, tout comme en matière de « droit au silence » de la personne gardée à vue[32], le législateur a créé un droit d'être informé et non un droit substantiel qui préexistait. Cela ne signifie pas que l'apport législatif soit négligeable tant il est vrai qu'il s'avère

29 - Art. L. 3213-1 CSP.

30 - Art. L. 3211-12-1 CSP.

31 - Art. L. 3211-3, al. 5, 3°, CSP.

32 - Art. 63-1 CPP.

difficile d'exercer un droit dont on ignore l'existence, étant entendu, de surcroît, que la notoriété du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, institution récente, demeure, à l'heure actuelle, limitée.

Cependant, il est permis de s'interroger sur la portée réelle que pourra avoir l'information donnée au malade de ce droit de porter à la connaissance du Contrôleur général d'éventuelles atteintes à ses droits fondamentaux, consistant, par exemple, dans la privation de certains droits ou dans des actes de violence ou de contrainte injustifiés. En effet, cette prérogative s'ajoute à plusieurs autres, également destinées à assurer la protection des droits de la personne à laquelle des soins sont imposés. En vertu de l'article L. 3211-3, alinéa 5, cette dernière peut, d'abord, « communiquer avec les autorités mentionnées à l'article L. 3222-4 », à savoir le préfet, le président du tribunal de grande instance ou son délégué, le procureur de la République dans le ressort duquel est situé l'établissement ainsi que le maire de la commune ou son représentant. Or, selon ce dernier texte, d'une part, ces autorités doivent effectuer une visite des établissements psychiatriques de leur ressort au moins une fois par an, et, d'autre part et surtout, elles reçoivent les réclamations des personnes admises en soins psychiatriques sans leur consentement ou de leur conseil et procèdent, le cas échéant, à toutes vérifications utiles.
L'article L. 3211-3 ajoute que le malade dispose du droit de saisir la commission prévue à l'article L. 3222-5, c'est-à-dire la commission départementale des soins psychiatriques, et, lorsqu'elle est hospitalisée, la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge. Or, la commission départementale des soins psychiatriques est notamment chargée, elle aussi, de recevoir les réclamations des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans leur consentement et d'examiner leur situation[33] de même que la commissions des relations avec les usagers, le législateur prévoyant d'ailleurs que lorsqu'elle est saisie par une personne faisant l'objet de soins psychiatriques imposés, cette dernière peut confier l'instruction de la demande à la commission départementale des soins psychiatriques[34].
Il faut enfin constater que le malade bénéficie de la faculté de prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix, selon l'article L. 3211-3, alinéa 5, 4°.

Il apparaît donc, à l'analyse de ce dispositif législatif protecteur des droits du malade, que de nombreuses autorités ou personnes sont susceptibles de recevoir les réclamations que ce dernier pourrait porter à la connaissance du Contrôleur général des lieux de privation de liberté et que ces mécanismes existaient déjà avant la réforme de 2011. Si le fait de devoir aujourd'hui informer le malade de son droit de s'adresser au Contrôleur général pourrait avoir mécaniquement pour effet

33 - Art. L. 3223-1, al. 1, 2°, CSP.

34 - Art. L. 1112-3, al. 3, CSP.

d'augmenter les signalements de faits à cette autorité à l'initiative du malade, on peut penser qu'il existe, *de facto*, une hiérarchie au sein du dispositif légal entre le recours à des autorités ou personnes « de proximité », tel qu'un médecin, un avocat ou un magistrat, et celui qui peut être effectué auprès du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. On peut d'ailleurs se demander si la perspective de s'adresser à celui-ci ne constitue pas, en pratique, un moyen de pression ou une menace dans le cadre d'un recours auprès d'une autre autorité, le Contrôleur disposant du pouvoir de réaliser une visite des lieux. On peut aussi concevoir, à l'inverse, que l'information du Contrôleur général apparaisse comme un ultime recours après que le malade se sera adressé, sans obtenir satisfaction, à d'autres autorités ou personnes. En tout état de cause, l'innovation introduite par le législateur reste nécessairement d'une portée limitée, compte tenu de la relative faiblesse des moyens d'action du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, dont la fonction n'est pas, comme cela a été rappelé, de traiter les cas individuels mais plutôt de contribuer à l'amélioration des dispositifs légaux protecteurs des droits fondamentaux des personnes privées de liberté.

La seconde innovation de la loi de 2011 consiste dans un devoir d'informer le Contrôleur général.

§ 2 : Devoir d'informer le Contrôleur général des lieux de privation de liberté

L'article L. 3223-1 du code de la santé publique détermine le rôle de la commission départementale des soins psychiatriques, dénommée avant la réforme de 2011 « commission départementale des hospitalisations psychiatriques ». Celle-ci se compose de deux psychiatres, l'un désigné par le procureur général près la cour d'appel, l'autre par le préfet, d'un magistrat désigné par le premier président de la cour d'appel, de deux représentants d'associations agréées respectivement de personnes malades et de familles de personnes atteintes de troubles mentaux, désignés par le préfet et d'un médecin généraliste désigné également par celui-ci[35]. Cette commission doit être informée des décisions d'admission en soins psychiatriques et de renouvellement de cette mesure ainsi que des décisions y mettant fin. Comme on l'a déjà dit, elle reçoit les réclamations des malades et examine leur situation, même en dehors de réclamations et elle peut saisir le préfet ou le procureur de la République de la situation des personnes qui font l'objet de soins psychiatriques imposés. Elle dispose d'un droit de visite des établissements psychiatriques[36] et le texte lui donne également la faculté

35 - Art. L. 3223-2 CSP.

36 - L'article R. 3223-6 CSP précise que la commission visite les établissements concernés au moins deux fois par an.

de proposer au juge des libertés et de la détention de lever la mesure de soins. La commission statue également sur les modalités d'accès au dossier médical de toute personne admise en soins psychiatriques. Enfin, elle adresse, chaque année, son rapport d'activité au juge des libertés et de la détention, 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[37]. Avant la modification opérée par la loi du 5 juillet 2011, ce rapport n'était adressé qu'au préfet et au procureur de la République et il était présenté au conseil départemental de santé mentale.
Le législateur a donc créé ici une nouvelle prérogative en faveur du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, n'existant pas dans la loi de 2007. Le contenu du rapport annuel d'activité des commissions départementales des soins psychiatriques est détaillé par l'article R. 3223-11 du code de la santé publique. Ce rapport comporte les statistiques d'activité de la commission, accompagnées de remarques ou observations utiles et le bilan de l'utilisation de la procédure applicable en cas de péril imminent pour la santé de la personne, prévue à l'article L. 3212-1, II, 2°, et de la procédure applicable en cas d'urgence et de risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade prévue à l'article L. 3212-3. Le rapport comprend, en outre, une synthèse des conclusions de la commission sur les réclamations qu'elle a reçues et sur les constatations qu'elle a opérées lors de la visite d'établissements, notamment en ce qui concerne la tenue des registres et le respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes, ainsi que le nombre de malades entendus. C'est naturellement ce dernier point qui est le plus à même d'intéresser le Contrôleur général des lieux de privation de liberté puisqu'il relève directement de son domaine de compétence.

Le dispositif mis en place est donc de nature à permettre une information théoriquement complète et systématique du Contrôleur général, par une voie différente de celle prévue par la loi de 2007, à savoir les courriers adressés à lui par les personnes concernées. Les informations contenues dans les rapports des commissions départementales pourraient naturellement être à l'origine de visites d'établissements et ensuite d'avis ou de recommandations. Cependant, ces commissions possèdent déjà, comme on l'a vu, le pouvoir d'examiner la situation des personnes objet de soins non consentis, desquelles elles peuvent recevoir des réclamations. Ainsi, il est évident que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté est informé par les commissions départementales avec un décalage dans le temps relativement important par rapport à la situation d'atteinte aux droits fondamentaux relevant de sa compétence. Au mieux, ces rapports pourraient permettre de déceler des pratiques propres à certains établissements, qui auraient généré de manière répétée des réclamations et auxquelles le Contrôleur général pourrait s'intéresser en effectuant une visite ou en émettant un avis.

37 - Art. L. 3223-1, al. 1, 6°, CSP.

Le dispositif est naturellement beaucoup trop récent pour qu'il soit possible d'en apprécier la portée concrète à l'égard de la mission du Contrôleur général des lieux de privation de liberté mais l'on peut cependant estimer que cette obligation de l'informer par la transmission des rapports annuels ne modifiera pas en profondeur son mode de fonctionnement, essentiellement fondé sur les signalements de faits par les personnes malades ou leurs proches.

Plus généralement, au terme de cette étude, l'on peut constater que la réforme du 5 juillet 2011 n'a pas procédé à une modification significative de la mission du Contrôleur général des lieux de privation de liberté en matière de soins psychiatriques imposés. Elle pourra cependant permettre d'accroître sa notoriété et contribuer à installer cette autorité administrative indépendante d'une manière plus visible dans le paysage juridique. Mais il faut observer, en dernier lieu, que son avenir en tant qu'autorité autonome reste incertain car si sa fusion dans l'institution du Défenseur des droits a été écartée dans un premier temps, cette question pourrait revenir, tôt ou tard, à l'ordre du jour.

TROISIÈME PARTIE :
LA GESTION DES HOSPITALISATION SANS CONSENTEMENT

LES AGENCES REGIONALES DE SANTE ET LA GESTION DE L'HOSPITALISATION SANS CONSENTEMENT : UNE REFORME DISCRETE DANS LA CONTINUITE

Julien Martin
Maître de conférences à l'Université Paris Descartes
Centre Maurice Hauriou

Le terme prochain de cet ouvrage permet de quitter quelque peu le feu de l'actualité et l'apport de la loi du 5 juillet 2011 au régime de l'hospitalisation sous contrainte, puisque l'intervention des agences régionales de santé en la matière préexiste bien à cette loi.

En effet, 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 avait essentiellement pour but de renforcer les droits de la personne hospitalisée sans son consentement, de lui accorder des garanties, notamment juridictionnelles, et de dépasser une logique uniquement fondée sur la protection de l'ordre public pour parvenir à la prise en compte de la personne retenue comme un malade plus que comme un danger pour les autres. Les principaux aspects de la réforme n'ont pas concerné les agences régionales de santé[1], et l'attention des commentateurs s'est ainsi portée sur les problèmes de dualité juridictionnelle[2], ou la protection de l'hospitalisé par le juge judiciaire[3].

Le rôle dévolu aux agences régionales de santé en matière de gestion des hospitalisations sous contrainte est ancien car il n'est que la reprise de la fonction assumée avant leur création par les directions départementales des affaires sanitaires et sociales. Ainsi, dans l'étude d'impact

1 - C. Castaing, Pouvoir administratif versus pouvoir médical , AJDA 2011, p. 2055.

2 - A. Farinetti, L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011, RDSS 2012, p. 111.

3 - K. Blay-Grabarczyk, Le régime de l'hospitalisation sous contrainte, RFDA 2012, p. 629.

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, de Janvier 2011, le gouvernement prend bien acte de la substitution des agences régionales de santé aux directions départementales des affaires sanitaires et sociales à la suite de la loi du 21 juillet 2009[4], notamment dans l'instruction des demandes et la préparation des arrêtés d'hospitalisation sans consentement ou de levée d'hospitalisation sans consentement[5]. Un rapport de 2004 ne manquait ainsi pas d'expressions élogieuses pour qualifier les directions départementales des affaires sanitaires et sociales de : « service pivot » par lequel transitent et sont gérés l'ensemble des dossiers d'hospitalisation sans consentement[6], « dans les faits, la véritable cheville ouvrière du dispositif », « le service dont les prestations conditionnent l'efficacité de la législation sur les hospitalisations sans consentement »[7]. De même, une circulaire de 2010 relevait que les expertises, conseils et travaux préparatoires assurés par ces directions « continueront à l'être, sans dégradation aucune, tant en termes de qualité de l'expertise que de la diligence apportée à celle-ci » par les agences régionales de santé, notamment en matière d'hospitalisation sans consentement[8].

Une si grande responsabilité n'est en définitive pas toujours évidente à circonscrire. Tout en conservant la place privilégiée que les agences régionales de santé avaient auparavant dans le dispositif, notamment dans l'assistance qu'elles apportent au préfet, seuls décisionnaires *in fine*, la loi du 5 juillet 2011 rénove quelques peu les relations que les agences entretiennent avec les établissements de santé, en privilégiant la contractualisation des relations (section I). Mais la rationnalisation du cadre formel de cette collaboration suffira-t-il à faire disparaître les critiques qui avaient été adressées aux prédécesseuses des agences, accusées de se substituer au préfet en le transformant en chambre d'enregistrement (section II) ?

Section I - Un fondement ancien à la compétence des agences régionales de santé en matière d'hospitalisations sans consentement

Il est possible de regrouper les fonctions des agences régionales de santé en matière d'hospitalisation sous contrainte en deux groupes : l'assistance du préfet en matière de santé (§ 1), l'organisation du sys-

4 - Etude d'impact 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, Janvier 2011, p. 21.

5 - *Ibid.* p. 52.

6 - IGA-IGG-IGPN, Rapport sur les problèmes de sécurité liés aux régimes d'hospitalisation sans consentement, mai 2004, p. 5.

7 - *Ibid.*, p. 30.

8 - Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, ministère de la santé et des sports, Circulaire du 24 mars 2010 relative aux relations entre les préfets et les agences régionales de santé (ARS), mesures transitoires, en annexe à Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, ministère du travail, et de la fonction publique, ministère de la santé de la solidarité et des sports, Circulaire du 24 septembre 2010 relative à la conclusion des protocoles pluriannuels entre le préfet et le DG ARS, NOR : IOCA1024175C, Bulletin officiel du ministère de l'intérieur, septembre/octobre 2010, page 173, spéc. p. 175.

tème et des établissements dans lesquels se déroulera l'hospitalisation sous contrainte (§ 2).

§ 1 : L'inclusion ancienne de la gestion des hospitalisations sans consentement dans la compétence générale d'assistance des agences régionales de santé aux préfets

La compétence de conseil des agences régionales de santé est prévue par les textes prévoyant l'assistance des agences au préfet, notamment en matière d'hospitalisation sous contrainte, et précisée par une convention dont l'existence est elle-même également imposée par le code de la santé publique.

1. L'intervention des agences régionales de santé en matière de gestion des hospitalisations d'office s'insère dans le cadre plus général de leur fonction d'assistance au bénéfice des préfets, et se décline dans une organisation spécifique à la gestion des hospitalisations d'office. Cette intervention est désormais prévue par la loi du 21 juillet 2009 relative à l'hôpital, aux patients, à la santé et au territoire[9], qui a créé un article L. 1435-1 dans le code de la santé publique au terme duquel : « pour l'exercice de ses compétences dans les domaines sanitaires et de la salubrité et de l'hygiène publiques, le représentant de l'État territorialement compétent dispose à tout moment des moyens de l'agence ». L'intervention des agences régionales de santé auprès du préfet n'est donc pas spécifique à l'hospitalisation sous contrainte, mais générale. Ce texte est complété par le décret du 16 février 2010, qui a modifié l'article 13 du décret du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, qui allonge la liste des services susceptibles d'apporter leur aide au préfet de département puisque : « le préfet de département est également assisté dans l'exercice de ses fonctions du directeur général de l'agence régionale de santé et du responsable de sa délégation territoriale dans le département, dans les conditions définies à l'article L. 1435-1 du code de la santé publique »[10].

2. La mise en place d'un protocole relatif aux actions et prestations mises en œuvre par l'agence pour le préfet de département est antérieure à la réforme opérée en 2011, et reste la base de l'organisation actuelle. Ce dispositif d'assistance est précisé par le décret du 31 mars 2010 relatif aux relations des représentants de l'État avec l'agence régionale de santé pour l'application des dispositions précédentes, qui insère notamment un article R. 1435-2[11]. Celui-ci impose la mise en

9 - Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF du 22 juillet 2009 page 12184, article 118.

10 - Décret n° 2010-146 du 16 février 2010, modifiant le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements, JORF du 17 février 2010, article 7.

11 - Décret n° 2010-338 du 31 mars 2010, relatif aux relations des représentants de l'État dans le département, dans la zone de défense et dans la région et l'agence régionale de santé pour l'application des articles L. 1435-1, L. 1435-2 et L. 1435-7, JORF du 1er avril 2010 p. 6280.

place d'un protocole relatif aux actions et prestations mises en œuvre par l'agence pour le préfet de département. Il précise les modalités suivant lesquelles l'agence régionale de santé intervient pour préparer et, le cas échéant, mettre en œuvre les décisions relevant de la compétence du préfet de département au titre de la veille, de la sécurité et de la police sanitaires, ainsi que de la salubrité et de l'hygiène publiques, et précise notamment ses interventions en ce qui concerne la préparation ou la mise en œuvre des décisions relatives aux hospitalisations sans consentement. Après la loi du 5 juillet 2011, une circulaire du 11 août, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, a bien convenu du fait que la loi du 5 juillet 2011 n'apporte pas de « modification majeure » sur le rôle des agences régionales de santé, et que les organisations mises en place localement continuent donc à s'instituer dans le cadre des protocoles relatifs aux modalités de coopération entre les préfets et les directeurs généraux des agences régionales de santé[12].
La circulaire ajoute qu'il appartient aux directeurs généraux des agences régionales de santé de définir l'organisation interne de leur agence et les modalités pratiques de mise en œuvre de la réponse aux demandes préfectorales pour apporter la meilleure qualité de service, et répondant notamment aux exigences de délais prévus par la loi.
Finalement, la collaboration de l'agence avec le préfet va résulter d'une convention, à l'image de ce qui se passe pour les relations entretenues entre l'agence et les établissements de santé.

§ 2 : L'inclusion modernisée de la gestion des hospitalisations sans consentement dans la compétence générale d'organisation de la psychiatrie des agences régionales de santé

L'organisation des relations de l'agence régionale de santé avec les établissements de santé intervenant en matière d'hospitalisation forcée est antérieure à la réforme de cette dernière, qui ne la complète qu'à la marge. Toutefois, la loi du 5 juillet 2011 va accentuer la dimension contractuelle de cette relation, en créant notamment un nouvel instrument, une convention signée avec le préfet et les établissements de santé.

1. La loi du 5 juillet 2011 vient compléter deux dimensions qui lui préexistaient, relatives au choix d'un certain nombre d'intervenants, et à leur contrôle.
Les agences régionales de santé désignent les établissements chargés d'assurer le service public de l'accueil des personnes hospitalisées sans leur consentement, et organise également désormais les urgences

12 - Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, ministère de l'emploi, du travail et de la santé, Circulaire interministérielle n° 2011-345 du 11 août 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, NOR : IOCD1122419C, BO Santé – Protection sociale – Solidarité n° 2011/9 du 15 octobre 2011, p. 106, spéc. p. 111.

psychiatriques. En effet, et depuis l'ordonnance du 23 février 2010[13], l'article L. 3222-1 du code de la santé publique précise que c'est le directeur général de l'agence régionale de santé, et non plus le préfet, qui désigne, après avis du représentant de l'Etat dans le département, un ou plusieurs établissements chargés d'assurer la mission de service public définie au 11° de l'article L. 6112-1, c'est-à-dire la prise en charge des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sous contrainte, quel que soit le motif (demande d'un tiers, péril imminent, sur décision du préfet ou ordonnée par un juge). La loi du 5 juillet 2011 ajoute un deuxième alinéa à l'article L. 3222-1. Celui-ci vient préciser que les établissements ainsi désignés assurent, par leurs propres moyens ou par voie de convention, la prise en charge à temps complet, à temps partiel et sous forme de consultations des patients atteints de troubles mentaux, dans le respect des conditions mentionnées à l'article L. 6112-3, d'égal accès, de continuité et de tarif. Elle complète également le dispositif précédent avec un nouvel article L. 3222-1-1 A qui organise les urgences psychiatriques. Ainsi, désormais, l'agence régionale de santé organise un dispositif de réponse aux urgences psychiatriques en relation avec les services d'aide médicale urgente, les services départementaux d'incendie et de secours, les services de la police nationale, les unités de la gendarmerie nationale, les établissements mentionnés à l'article L. 3222-1, les groupements de psychiatres libéraux et les personnes mentionnées à l'article L. 6312-2 du code de la santé publique.

Les agences interviennent également aussi bien pour contrôler les établissements que pour nommer ceux qui les contrôlent. D'une part, l'ordonnance du 23 février 2010 ajoute les agences régionales de santé à la liste des autorités (préfet, maire, président du TGI...) visitant les établissements de santé, et pouvant recevoir les réclamations des personnes hospitalisées sans leur consentement[14]. D'autre part, les agences régionales de santé interviennent dans la sélection des psychiatres susceptibles d'être sollicités par le préfet afin de se livrer à une expertise psychologique, et encore, elles se contentent de donner un avis, et la liste peut être remplacée par une autre. En effet, la loi du 5 juillet 2011 crée un article L. 3213-5-1 dans le code de la santé publique au terme duquel le représentant de l'Etat dans le département peut à tout moment ordonner l'expertise psychiatrique des personnes faisant l'objet d'une mesure de soins psychiatriques d'office sur décision du représentant de l'Etat, ou ordonnée par le juge dans le cadre d'une procédure pénale, conduite par un psychiatre n'appartenant pas à l'établissement d'accueil de la personne malade, choisi par le représentant de l'Etat dans le département sur une liste établie par le procureur de la République, après avis du directeur général de l'agence régionale de

13 - Ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires modifiant le code de la santé publique (et par voie de conséquence à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, codifiée), art. 1.

14 - Art. L. 3222-4 CSP.

santé de la région dans laquelle est situé l'établissement ou, à défaut, sur la liste des experts inscrits près la cour d'appel du ressort de l'établissement. On le voit, l'agence ne donne qu'un avis, et encore, la liste sur laquelle elle donne un avis n'est pas indispensable, et peut être remplacée par une autre. Par ailleurs, l'article 100 du décret du 31 mars 2010 prévoit que le secrétariat de la commission départementale des hospitalisations psychiatriques est assuré par l'agence régionale de santé, comme les directions départementales des affaires sanitaires et sociales le faisaient auparavant[15].

2. La réforme opérée en 2011 a surtout fait évoluer la contractualisation de l'action des établissements de santé avec l'agence régionale de santé, en faisant évoluer deux documents, le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens, et le projet d'établissement, et en en créant un nouveau, une convention conclue entre le directeur de chaque établissement chargé du service public de la prise en charge des patients atteints de troubles mentaux, et le directeur général de l'agence régionale de santé, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département, et les collectivités territoriales. Tout d'abord, la loi du 5 juillet 2011 ajoute un troisième alinéa à l'article L. 3222-1, qui apporte deux précisions intéressantes quant aux documents existants. D'une part, 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 mentionné à l'article L. 6114-1 signé avec l'agence régionale de santé. En effet, au terme de ce dernier article, l'agence régionale de santé conclut avec chaque établissement de santé, dont la création est soumise à autorisation de la même agence, un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens d'une durée maximale de cinq ans. Lorsqu'il comporte des clauses relatives à l'exécution d'une mission de service public, le contrat est signé pour une durée de cinq ans. D'autre part, son projet d'établissement détaille les moyens mis en œuvre pour l'accomplissement de ladite mission et les modalités de coordination avec la sectorisation psychiatrique.
La seule véritable insertion des agences régionales de santé par la loi du 5 juillet 2011 se résume à la création d'un article L. 3222-1-2 qui prévoit la conclusion de conventions entre le directeur de chaque établissement chargé du le service public de la prise en charge à temps complet, à temps partiel et sous forme de consultations des patients atteints de troubles mentaux, et le directeur général de l'agence régionale de santé, mais également le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police, et les collectivités territoriales et leurs groupements compétents sur les territoires de santé correspondants. Ces conventions prévoient notamment 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

15 - Assuré jusque-là par la DDASS : Décret n° 2010-344 du 31 mars 2010 tirant les conséquences, au niveau réglementaire, de l'intervention 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.

en charge de ces personnes en procédant à leur hospitalisation complète en application, respectivement, de l'article L. 3212-4 ou du III de l'article L. 3213-3. Ces derniers éléments sont sans doute de nature à permettre de dépasser les critiques qui sont parfois adressées aux agences de ne pas transmettre toutes les décisions qu'ils devraient examiner au préfet, et, en définitive, de se substituer à lui.

Section II - Les contours incertains de la compétence des agences régionales de santé en matière d'hospitalisations sans consentement

L'agence régionale de santé peut parfois peiner à trouver sa place exacte dans le processus, coincée entre le préfet et l'établissement de santé, et doit trouver un équilibre délicat dans la préparation et la certification de la régularité de la décision préfectorale sans substituer son appréciation à celle du préfet (§ 1), ni sombrer dans l'inaction (§ 2).

§ 1 : L'insuffisance de l'instruction opérée par les agences régionales de santé au bénéfice du préfet ?

Les agences régionales de santé doivent principalement préparer la décision qui sera prise par le préfet, mais il leur a souvent été reproché par le passé de ne pas lui fournir assez d'éléments pour qu'il puisse se prononcer.

1. Les deux tâches principales de l'agence régionale de santé consistent à recueillir les pièces et informations exigées par la loi, et à préparer le projet d'acte en découlant soumis à la signature du préfet.
La circulaire précitée du 11 août 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, détaille l'« appui » apporté par l'agence régionale de santé au préfet dans l'exercice de ses fonctions[16]. D'une part, l'agence vérifie que le dossier transmis au préfet est complet, comprend l'ensemble des pièces exigées par les textes, et qu'ils soient : « datés, signés et exploitables », ainsi que « l'ensemble des éléments disponibles de nature à éclairer l'appréciation préfectorale ». D'autre part, l'agence s'assure que « l'avis médical est dactylographié, clair et précis » sur les motifs qui conduisent le médecin psychiatre à proposer une mesure de contrainte, un maintien, une nouvelle modalité de prise en charge ou une mainlevée, et qu'ils comportent ainsi la motivation exigée par la loi, ou de « la qualité des informations contenues dans le programme de soins, qui précise les types de soins, leur lieu de réalisation et leur périodicité » lorsque l'avis est accompagné d'un programme de soins, en cas d'évolution de la prise en charge du patient proposée au préfet.

16 - Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, ministère de l'emploi, du travail et de la santé, Circulaire interministérielle du 11 août 2011, préc., p. 111.

Il s'agit subséquemment de rédiger l'acte en cause. Comme le révèle l'étude d'impact 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, de Janvier 2011[17], cette loi aboutira à la révision, en particulier sur le plan terminologique, de « *plus de 280 modèles types* » (arrêtés, lettres, notes...) pour tenir compte des nouvelles conditions procédurales ou de fond qui seront posées par la loi[18].

2. Toutefois, dans cette tâche, la recherche d'éléments extérieurs susceptibles d'éclairer le préfet sans le transformer en chambre d'enregistrement est difficile.
Pendant longtemps, les arrêtés d'hospitalisations sous contrainte étaient insuffisamment motivés[19]. Puis le Conseil d'Etat a admis que la motivation de l'arrêté préfectoral peut se faire en se référant au certificat médical circonstancié qui doit être nécessairement établi avant la décision préfectorale, à la condition de s'en approprier le contenu et de joindre ce certificat à la décision[20]. Comme le révèle l'étude d'impact précitée[21], ces recommandations se sont traduites par des progrès sensibles en matière de motivation des arrêtés préfectoraux initiaux ou de maintien des mesures d'hospitalisation d'office, les préfets joignant désormais à leurs arrêtés les certificats médicaux au vu desquels ils ont pris leur décision, en s'en appropriant le contenu ou reproduisant le contenu de ces certificats dans le corps même de leurs arrêtés.
Dans un rapport conjoint de 2004, l'inspection générale de l'administration, l'inspection générale de la police nationale et l'inspection générale de la gendarmerie nationale considéraient que les directions départementales des affaires sanitaires et sociales exerçaient un « contrôle insuffisant » sur les demandes qui leurs sont transmises, au motif que les directions départementales des affaires sanitaires et sociales se contentent de vérifier la composition du dossier au regard des critères légaux, la décision revenant pour elles au préfet[22]. Le rapport remarque, pour le regretter, à plusieurs occasions, que le préfet doit se prononcer à la vue du seul certificat médical, qui ne contient pas toujours les éléments factuels suffisants, ne contenant pas d'autres informations autres que celles transmises par le maire et le corps médical. La direction départementale des affaires sanitaires et sociales trans-

17 - Etude d'impact précitée, p. 56.

18 - Que l'on retrouve pour l'essentiel dans l'instruction DGS/MC4 no 2011-66 du 11 février 2011 relative au rôle des agences régionales de la santé dans la gestion des hospitalisations d'office, BO Santé – Protection sociale – Solidarité no 2011/3 du 15 avril 2011, pp. 202-203.

19 - Ministère chargé de la santé, note d'information DGS n° 97/817 du 24 décembre 1997 relative à la motivation et à la notification des arrêtés préfectoraux d'hospitalisation d'office, Bulletin officiel du ministère chargé de la santé n° 98/4 p. 97.

20 - CE, 9 novembre 2001, Deslandes, req. n° 235247, Lebon p. 547. Ministre de l'emploi et de la solidarité, circulaire DGS/SD6C n° 603 du 10 décembre 2001, relative à la motivation des arrêtés préfectoraux d'hospitalisation d'office, Bulletin officiel du ministère chargé de la santé n° 2001/51 p. 223.

21 - Etude d'impact précitée, p. 35.

22 - IGA-IGG-IGPN, préc., p. 30.

mettrait au préfet des dossiers comprenant « des certificats médicaux circonstanciés dont les termes spécialisés apparaissent peu éclairants ou insuffisamment relayés par des éléments d'information extérieurs. »[23]. Les directions n'alimenteraient que rarement les dossiers d'hospitalisation d'office qu'elle soumet à la signature du préfet, au moyen d'éléments médicaux complémentaires ou d'éléments extra médicaux (antécédents notamment)[24]. De ce fait, les préfets ont : « une marge d'action réduite »[25], et le sentiment de jouer le rôle de « chambre d'enregistrement »[26], alimentant ainsi cette idée que, en définitive, les agences régionales de santé se substituent au préfet.

§ 2 : La substitution de compétence opérée par les agences régionales de santé au détriment du préfet ?

Même dans leur fonction d'instruction, les agences régionales de santé ont parfois été exposées à des critiques relatives à leurs insuffisances, qui pouvaient être expliquées par l'insuffisance des moyens mis à la disposition de cette fonction.

1. Les agences régionales de santé ne doivent pas porter une appréciation médicale sur la situation, ni, de ce fait, décider de ne pas soumettre au préfet les cas qui, pour elles, n'ont même pas à être examinés.
Il ne s'agit bien que de tâches administratives, et la suite de la circulaire du 11 août 2011 est là pour nous le rappeler, s'agissant notamment du rôle des médecins affectés à l'agence. Comme le rappelle la circulaire, ce médecin n'a pas à « produire un avis médical sur le dossier et sur les certificats produits par les professionnels de santé concernés » ni « porter une appréciation médicale sur le bien-fondé des mesures proposées par le psychiatre hospitalier », car il « ne connaît pas le patient et n'a pas qualité d'expert »[27]. Son seul rôle est de faciliter la communication avec les psychiatres des établissements de santé accueillant des patients pris en charge sans leur consentement.
Le plus regrettable n'est en définitive pas que les préfets ne soient pas mis à même de prendre la meilleure décision que le fait qu'ils ne puissent pas en prendre du tout. Seules les décisions d'hospitalisation d'office arrivent jusqu'au préfet ; les autres, telles que les sorties d'essai ou accompagnées ne lui parviendraient jamais et seraient classées par les directions[28]. Et même, dans certains départements, l'information ne parviendrait pas à la direction départementale des affaires sanitaires et

23 - *Ibid.*, p. 5.

24 - *Ibid.*, p. 45.

25 - *Ibid.*, p. 31.

26 - *Ibid.*, p. 32.

27 - Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, ministère de l'emploi, du travail et de la santé, Circulaire interministérielle du 11 août 2011, préc., p. 112.

28 - IGA-IGG-IGPN, préc., p. 30.

sociales, et le préfet ne serait pas informé des sorties accompagnées, qui auraient lieu sans son autorisation[29].

2. L'explication aux insuffisances comme aux absences de transmission est peut-être à rechercher du côté du manque de moyen diagnostiqué pour directions départementales des affaires sanitaires et sociales, plus que du manque de temps dont elles disposeraient pour accomplir leurs tâches[30]. D'une manière générale, il avait été remarqué que les directions départementales des affaires sanitaires et sociales sont dotées de moyens insuffisants. En effet, le rapport de 2004 précité souligne que les propositions transmises au préfet sont en principe visées par le médecin-inspecteur responsable des hospitalisations psychiatriques et, plus rarement, par le directeur départemental des affaires sanitaires et sociales ou son adjoint, et même, dans certains départements, c'est le fait d'un seul agent administratif de la direction départementale des affaires sanitaires et sociales[31]. Or, les services préfectoraux se rapprochent parfois du médecin-inspecteur de la direction départementale des affaires sanitaires et sociales afin d'obtenir des informations complémentaires au sujet d'un certificat médical « trop stéréotypé, difficilement compréhensible ou insuffisamment étayé ». De même, les chefs d'établissement hospitalier doivent être étroitement associés aux décisions de sortie d'essai, de renouvellement ou de levée d'hospitalisation[32]. Pour le rapport, le préfet doit retrouver sa pleine capacité d'intervention en disposant de la faculté d'ordonner une contre-expertise médicale à toutes les étapes de l'hospitalisation. De plus, les échanges d'informations entre la direction départementale des affaires sanitaires et sociales et les services de la préfecture intéressés devraient être renforcés dans le respect de la liberté individuelle[33].
Les directions semblaient également manquer de temps, mais ceci a été partiellement corrigé depuis. Ainsi, le rapport de 2004 proposait d'instaurer une phase d'observation et de diagnostic de 72 heures maximum à l'issue de l'enfermement initial qui serait l'occasion, pour la direction départementale des affaires sanitaires et sociales, d'approfondir son analyse des situations individuelles. Elle pourrait initier un dialogue avec l'équipe médicale de l'hôpital et du secteur, et mener une recherche administrative d'éventuels antécédents rapprochés dans le temps[34]. De même, le délai de 48 heures accordé pour examiner les sorties accompagnées serait trop court[35]. Tel est partiellement le sens de la réforme opérée en 2011. Avec le nouvel article L. 3211-2-2, le préfet se

29 - *Ibid.*, p. 36.

30 - *Ibid.*, p. 30.

31 - *Ibid.*, p. 30.

32 - *Ibid.*, p. 32.

33 - *Ibid.*, p. 7.

34 - *Ibid.*, p. 43.

35 - *Ibid.*, p. 36.

prononce certes toujours une première fois sans délai pour permettre l'admission en soin, mais le patient fait l'objet d'une période d'observation sous la forme d'une hospitalisation complète pendant laquelle sont établis un premier certificat médical constatant son état mental et confirmant ou non la nécessité de maintenir les soins psychiatriques par un psychiatre de l'établissement dans les vingt-quatre heures suivant l'admission, et un second certificat médical dans les mêmes conditions dans les soixante-douze heures. Puis, le nouvel article L. 3213-1, II, prévoit que dans les trois jours francs suivant la réception du second certificat médical le représentant de l'Etat dans le département décide de la forme de prise en charge, en tenant compte de la proposition établie par le psychiatre et des exigences liées à la sûreté des personnes et à l'ordre public. En revanche, l'article L. 3211-11-1 continue de disposer que l'autorisation de sortie accompagnée de courte durée est accordée par le directeur de l'établissement de santé après avis favorable du psychiatre responsable de la structure médicale concernée, qui la transmet au représentant de l'Etat dans le département, quarante-huit heures avant la date prévue pour la sortie accompagnée, qui a lieu au terme de ce délai sauf opposition du représentant de l'Etat dans le département.

***

La loi du 5 juillet 2011 n'a donc pas révolutionné le rôle des agences régionales de santé dans le mécanisme de l'hospitalisation sans consentement. D'ailleurs, leur intervention n'était elle-même que le prolongement à droit constant de l'action des directions départementales des affaires sanitaires et sociales en la matière. Elles restent ainsi ce qu'elles sont intrinsèquement : l'autorité responsable de l'organisation des soins fournis par les établissements de santé et l'organe de conseil du préfet et de gestion de ses décisions. La réforme a donc essentiellement consisté à approfondir les mécanismes de contractualisation des relations entre les agences et les préfets aussi bien que les établissements de santé. Intermédiaire, elles ont parfois eu du mal à trouver leur place dans le passé, la décision médicale, autant que la décision d'hospitalisation sous contrainte leur échappant. Les remarques qui ont pu leur être faites semblait surtout qu'il s'agissait de la conséquence d'un manque de moyens plutôt que d'une volonté d'usurper une compétence ne leur appartenant pas. La loi du 5 juillet 2011, en laissant plus de temps aux différentes étapes de l'hospitalisation sous contrainte leur a par là même conféré plus de latitude. Gageons que celle-ci leur permettra d'échapper à l'avenir aux différentes critiques qui avaient pu être adressées aux directions départementales des affaires sanitaires et sociales.

L'HOSPITALISATION SANS CONSENTEMENT D'UN POINT DE VUE PRATIQUE : L'EXPERIENCE D'UN CENTRE HOSPITALIER

Jean-Martin Andarelli
Directeur d'hôpital
Centre hospitalier de Cambrai

Suite à une décision du Conseil constitutionnel du 26 novembre 2010, le dispositif juridique relatif à l'hospitalisation sans consentement était déclaré inconstitutionnel.

Une nouvelle mesure législative devait prendre effet au 1er août 2011.

Plusieurs mois se sont écoulés avant l'adoption de la loi par le parlement et sa promulgation le 5 juillet 2011, laissant un délai très court de quatre semaines pour l'application pratique de la loi.

Ces quatre semaines ont conduit à une accélération de la préparation initiale de la mise en œuvre de la loi.

La première présidente de la cour d'appel de Douai a organisé une réunion avec des directeurs d'hôpitaux, des magistrats, le directeur de cabinet du préfet de région fin juin 2011 pour faire part de la « vision » justice de la loi. En juillet 2011, une deuxième réunion a eu lieu à Lille à la préfecture de région en présence de l'Agence régionale de santé.

En juillet 2011, la présidente du tribunal de grande instance de Cambrai a organisé une troisième réunion avec le Centre Hospitalier de Cambrai.

Ainsi, s'ensuivit une accélération forte de l'application de la loi, avec un minimum de préparation initiale de la loi dans un délai très court.

Les quatre objectifs 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 sont :

1) lever les obstacles à l'accès aux soins et garantir leur continuité ;
2) adapter la loi aux évolutions des soins psychiatriques et des thérapeutiques aujourd'hui disponibles qui permettent au patient d'être pris en charge autrement qu'en hospitalisation à temps plein ;
3) assurer un suivi attentif des patients pour leur sécurité et celle des tiers dont l'aménagement est exigé par la consécration de la pratique des soins en dehors de l'hôpital ;
4) renforcer les droits des personnes malades et garantir le respect de leurs libertés individuelles.

L'intitulé de la loi et son contenu terminologique présentent des modifications :
- à l'expression « personne hospitalisée », s'est substituée la phrase « faisant l'objet de soins psychiatriques
- le mot « hospitalisés » est remplacé par le mot « soignés »
- les mots « hospitalisation libre » sont remplacés par les mots « soins psychiatriques »
- « l'hospitalisation à la demande d'un tiers » devient « l'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent »
- « l'hospitalisation d'office» est intitulée « l'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat »

La notion d'admission en soins psychiatriques paraît plus large que celle d'hospitalisation. Les soins peuvent être réalisés en hospitalisation complète (séjour à l'hôpital) ou en soins ambulatoires (n'incluant pas une présence 24 H/24 en établissement).

Plus d'un an après la parution de la loi du 5 juillet 2011[1], de ses décrets d'application[2] et de ses circulaires[3] et, d'autre part, après l'entrée en vigueur de la loi au 1er août 2011, qu'en est-il au bout d'une année de pratique ?

---

1 - 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.

2 - Décret « justice » n° 2011-846 du 18 juillet 2011 relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques
- Décret « santé » n° 2011-847 du 18 juillet 2011 relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités
- Décret « intérieur » n° 2011-898 du 28 juillet 2011 relatif aux dispositions d'application en Nouvelle Calédonie et Polynésie française de la loi du 5 juillet 2011.

3 - Circulaire « justice » CIV/03/11 du 21 juillet 2011 relative à la présentation des principales dispositions de la loi du 5 juillet 2011
- Circulaire « santé » n° DGOS/R4/2011/312 du 29 juillet 2011 relative à l'information des établissements de santé pour la mise en œuvre de la loi.

Seuls seront abordés dans le cadre de ce travail à l'ampleur limitée, les points qui nous sont apparus comme des éléments clefs ou donnant lieu à questionnement.

La loi a été mise en œuvre dans les délais impartis au 1er août 2011 non sans difficultés juridiques administratives, matérielles et humaines qui feront l'objet de quatre chapitres.

Section I - Les difficultés juridiques

Toute règlementation doit être appliquée par les acteurs administratifs qui peuvent être sujets à erreurs matérielles ou à une mise en œuvre non conforme.

Dans le cas d'espèce, la règlementation nouvelle édictée par la loi du 5 juillet 2011 a du être comprise et mise en œuvre par les professionnels de santé dans un délai court.

Les magistrats et notamment le juge des libertés et de la détention (JLD) ont été compréhensifs à l'égard des difficultés rencontrées pour l'application de ce texte.

Quelques interrogations sont évoquées ci-après.

§ 1 : Le cadre juridique des audiences devant le juge des libertés et de la détention (JLD)

- Une sortie de courte durée devait-elle être mise en place ?

Cette question s'est posée dans la mesure où le patient est en hospitalisation complète, ce qui signifie que le patient est pris en charge à temps complet, 24 H/24 et ne sort qu'en sortie de courte durée en étant accompagné.
La réponse a été de ne pas mettre en place de sortie de courte durée, mais de procéder à un accompagnement du patient lors de l'audience devant le JLD.

§ 2 : L'examen somatique

- Qu'est-ce qu'un examen somatique complet ?

L'examen somatique « complet » a été défini par la Haute Autorité de Santé : « l'examen somatique doit être réalisé dès que possible. Celui-ci doit comporter au minimum la mesure des paramètres suivants : vigilance, pression artérielle, pouls, température, fréquence respiratoire, glycémie capillaire. En cas d'agitation, la mesure de SpO2 (oxymétrie de pouls) est recommandée dès que possible. »

Dans notre établissement, l'examen somatique est pratiqué systématiquement, soit lors du passage au service des urgences, soit dans le service de psychiatrie par le médecin généraliste.

- Comment prouver la réalisation de l'examen somatique ?

Le médecin fait la preuve de la réalisation de l'examen somatique par l'annotation de cet examen sur le dossier médical du patient. La réalisation de cet examen sans annotation peut donner lieu à contestation par le patient ou son avocat.

§ 3 : Les arrêtés préfectoraux

Les arrêtés préfectoraux (dont celui ayant ordonné l'hospitalisation dans le cas d'une levée) ne sont pas communicables aux tiers, à la famille ou à leur conseil (avocat)

La décision de mainlevée d'hospitalisation est une mesure individuelle qui n'a à être notifiée qu'à l'intéressé par cette mesure.

La loi, à ce jour, prévoit seulement que le préfet avise la famille (lui fait connaître sa décision) sans avoir à communiquer l'arrêté qui formalise sa décision (qui est un document à caractère administratif). Toutefois la jurisprudence en ce domaine est à se former.

§ 4 : Le secret médical et l'audience publique

Les médecins, qui sont tenus au secret médical et en sont délivrés de fait dans le cadre de cette loi, établissent des certificats médicaux qui contiennent des informations médicales confidentielles concernant le malade ; ces documents sont insérés dans le dossier au juge des libertés et de la détention.

L'audience étant publique au siège du tribunal de grande instance, le magistrat lit les certificats médicaux en présence du malade, éventuellement de son mandataire judiciaire s'il est sous mesure de protection, du tiers, du représentant de la direction, du greffier, de l'avocat du malade et de toute personne qui souhaiterait participer à cette audience publique.

Le malade a lui-même connaissance des indications cliniques, des prescriptions médicales, des avis des psychiatres, ce qui peut engendrer des difficultés dans les rapports malade-psychiatre, mais les certificats médicaux sont nécessaires pour éclairer l'avis du magistrat.

L'audience est tenue dans une salle d'audience du palais de justice. Le caractère public de cette audience ne favorise pas la confidentialité.

La pratique a conduit à une prudence dans la rédaction des certificats médicaux pour les rendre à la fois exploitables et compréhensibles par tous.

§ 5 : Le lieu de tenue de l'audience

La loi dispose que le JLD statue au siège du tribunal de grande instance. Toutefois dans la mesure où une salle d'audience avec visioconférence a été spécifiquement aménagée à l'hôpital, le magistrat peut décider de statuer dans cette salle.

Pour notre établissement, le choix a été fait de façon concertée de tenir les audiences au tribunal en accord avec les magistrats compte tenu du fait que :

a) la décision appartient au magistrat (chaque magistrat est libre du choix du lieu de tenue de l'audience (tribunal ou salle d'audience « hôpital »)
b) le coût important d'aménagement de la salle d'audience répond à des normes précises (cette salle pourrait ne jamais servir si chaque magistrat décide de tenir l'audience au tribunal)
c) il y a eu absence d'unanimité pour la visioconférence.

Les difficultés d'ordre juridique ont pu être surmontées grâce à une coopération active de chaque composante locale à Cambrai (tribunal, hôpital) et à l'appui technique de l'agence régionale de santé et de la préfecture de région nord-pas-de-calais.
Un délai court a été imparti pour l'application (application de la loi du 5 juillet 2011 au 1er août 2011) d'une loi complexe qui a suscité des interrogations de certains arguant que la notion d'ordre public n'a pas à s'immiscer dans une problématique de santé.

§ 6 : La présence d'un avocat à l'audience

L'avocat a pour rôle la défense des intérêts du patient. En l'absence de présence d'un avocat, l'audience ne pourrait-elle être entachée d'un vice de forme ? La question ne s'est pas posée au TGI de Cambrai pour ce qui concerne notre établissement.

Lorsque le patient ne peut être présent pour raison médicale, le ministère d'avocat devient obligatoire. L'avocat est choisi par le patient ou commis d'office.

Section II - les difficultés administratives

A une pratique antérieure bien rodée (la dernière loi de psychiatrie date du 27 juin 1990), a succédé un texte complexe (la loi du 5 juillet 2011) qui modifie assez sensiblement les règles procédurales à mettre en œuvre dans un délai de 15 jours.

Aussi, avons-nous dû faire preuve, non sans difficultés, d'une adaptation rapide au nouveau formalisme administratif et à ses règles, que nous vous retraçons, pour quelques unes, dans les développements suivants.

§ 1 : La réunion d'un collège de professionnels de 3 membres

- un psychiatre participant directement à la prise en charge du patient ;
- un psychiatre ne participant pas à la prise en charge du patient ;
- un représentant de l'équipe pluridisciplinaire participant à la PEC (prise en charge) du patient.

La réunion de ce collège mobilise trois professionnels de santé durant au moins une heure et plus selon le dossier médical du patient.

La réunion de ce collège de professionnels conduit à une décision du directeur formalisée par un document administratif qu'il signe.

Chaque réunion du collège de professionnels donne lieu à l'élaboration d'un document daté mentionnant les noms des professionnels et leur qualité.

§ 2 : La constitution d'un dossier administratif complet

Le dossier doit contenir un ensemble de pièces administratives :
- la demande du tiers
- une décision d'admission, prononcée par le directeur de l'établissement
- deux certificats médicaux datés de moins de 15 jours (24 H / 72 H)
- un certificat médical entre le 5ème et le 8ème jour
- un avis conjoint (psychiatre traitant et psychiatre ne participant pas aux soins)
- un document portant composition du collège de professionnels (deux psychiatres plus un cadre de santé)
- la lettre de saisine du JLD.

La réalisation de ces documents est chronophage et représente une charge de travail lourde assurée par les personnels en place, notamment en raison de la faible démographie au sein de l'établissement, en particulier en période de congés.

Elle a été facilitée par la mise au point de modèles types. Les magistrats, la préfecture de région et l'agence régionale de santé ont agi au mieux pour apporter leur concours. Toutefois, l'hôpital a du assurer une grande partie de l'adaptation des documents en raison du délai restreint qui est donné par la loi pour saisir le JLD.

§ 3 : La transmission des dossiers des patients au JLD dans un délai restreint

Le juge des libertés et de la détention doit être saisi dans un délai de 15 jours.

Ce délai est en principe théorique. En effet, pour que le juge puisse rendre une décision, il doit procéder à une lecture préalable du dossier et ne pas recevoir le dossier le 14ème jour.

De fait, le délai a du être ramené à 10 jours pour permettre au juge d'avoir un temps suffisant pour étudier le dossier avec sérénité, ce qui réduit encore le délai de traitement du dossier réalisé par les services hospitaliers.

§ 4 : La non acceptation de certificats médicaux de « régularisation »

Tous les professionnels de santé et notamment les psychiatres ont fait les efforts nécessaires pour produire les certificats médicaux dans les délais impartis.

§ 5 : La rédaction des certificats médicaux

Les psychiatres ont pour mission de rédiger des certificats médicaux suffisamment précis pour « éclairer la compréhension » de la pathologie par le juge des libertés et de la détention. Toutefois, ils ne peuvent pas faire une description précise des troubles ressentis par le patient pour éviter une réaction brutale du patient ou des débordements à l'encontre des infirmiers, soit à l'issue de l'audience, soit lors du trajet retour ou à leur égard lors du retour dans l'unité d'hospitalisation.

Ainsi, il convient de concilier l'information médicale donnée sur la pathologie du patient et son mode de traitement, notamment la poursuite de l'hospitalisation, et une présentation rédactionnelle recevable par le patient.

§6 : L'information de la présence d'un avocat

L'information concernant la participation de l'avocat du patient au cours de l'audience fait souvent l'objet d'une communication tardive et présente parfois des changements de dernière minute. L'avocat, qui a une lourde charge de travail, doit lire le dossier, se forger une opinion dans un domaine de compétence médicale qu'il ne maîtrise pas, s'en approprier le contenu et représenter au mieux son client.

§ 7 : La difficulté pour les services de psychiatrie à communiquer l'enveloppe contenant les certificats médicaux dans le court délai imparti

L'élaboration de tous les certificats médicaux est faite par les médecins dans un délai contraint avec un nombre limité de psychiatres mais toujours avec une forte tension.

§ 8 : Le JLD donne au patient l'ordonnance intégrale de rendu de sa décision

L'ordonnance du juge contient les motifs de sa décision fondée sur des raisons médicales contenues dans les certificats médicaux. Les médecins sont contraints de ce fait à une prudence rédactionnelle compte tenu qu'en matière de santé mentale « tout ne peut être dit au patient » dont on ne peut augurer la réaction, même si les médecins donnent l'information à leurs patients.

Section III - Les difficultés matérielles

C'est la mise en œuvre pratique de la loi au 1er août 2011 dans un délai contraint de 4 semaines qui a suscité le plus de difficultés.

Elles ont notamment concerné la remise en cause de pratiques professionnelles bien rodées dans un cadre juridique connu, aux procédures éprouvées et aux documents administratifs existants appliqués depuis des années. Cette évolution rapide dans un temps court a été très contraignante.

§ 1 : L'insuffisance de temps de préparation pour la mise en œuvre de la loi

Seule une période courte de 4 semaines était impartie avec la date d'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 2011 fixée au 1er août 2011.
Durant la période du 26 novembre au 5 juillet 2011, soit plus de 7 mois, de longs débats ont eu lieu au parlement avec différentes évolutions textuelles, des débats philosophiques, notamment sur la notion d'ordre public qui pour d'aucuns n'avait pas à s'immiscer dans une problématique de santé, sur l'indépendance des psychiatres, le pouvoir du préfet, le rôle du juge ... La loi devait s'appliquer et la contrainte temps a pesé lourdement dans sa mise en œuvre.

§ 2 : L'entrée en vigueur de la loi en période de congés d'été

La mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011 en pleine période de congés annuels d'été a constitué une pression supplémentaire.

Agir vite et bien dans une période où les personnels sont en congés pour les juilletistes ou vont partir pour les aoûtiens n'a pas été simple à gérer.

L'interrogation a été la suivante : maintenir les congés annuels d'été des personnels ou les différer à septembre ? L'organisation initialement prévue des congés a été maintenue pour permettre aux médecins et soignants ayant des enfants de passer leurs vacances ensemble, ou, pour ceux ayant des charges familiales, de les assurer.

§ 3 : Un personnel médical et soignant qui connaît un effectif sous forte tension, notamment pendant la période estivale (juillet-août)

Le contexte général de démographie médicale défavorable, et de pénurie médicale de psychiatres, en particulier dans notre établissement, a été un facteur d'aggravation de la difficulté de mise en œuvre de la loi : moins de temps de psychiatre disponible, un personnel soignant numériquement moindre et une augmentation de la charge de travail étaient des éléments clefs à prendre en compte. Aussi convenait-il, soit de procéder à une réorganisation interne profonde de l'activité de psychiatrie, soit s'adapter à l'accroissement de la charge de travail en faisant face.

Pour leur part, les personnels non médicaux non soignants ont également connu un accroissement de leur charge de travail.

a) les secrétaires médicales : traitement de texte à assurer pour les certificats médicaux supplémentaires, la gestion et le classement des dossiers, le suivi plus complexe des dossiers d'hospitalisation sous contrainte
b) Les personnels administratifs du bureau des admissions :
- obtenir les certificats médicaux, remplir les décisions du directeur, lui faire signer la décision de convocation de chaque collège médical, assurer les saisines du JLD dans les délais impartis, transmettre le dossier à toutes les autorités compétentes et les notifier aux patients, aux tuteurs
- assurer toute la démarche administrative pour que le JLD possède le dossier complet pour éclairer au mieux sa décision dans l'intérêt du patient.

§ 4 : Le principe posé d'une convocation d'un collège de professionnels

Cette mesure a été convenue avec les psychiatres en vue de réunir un collège de professionnels qui débat collégialement du dossier du malade avec pour objectif de prendre la meilleure décision médicale dans l'intérêt du patient. Chaque collège de professionnels représente un temps de travail évalué à une heure ou plus selon le dossier médical du patient. Le nombre insuffisants de psychiatres peut générer parfois des difficultés pour réunir le collège médical (2 psychiatres + 1 cadre de santé).

§ 5 : La mise en œuvre de la loi s'est faite sans moyens supplémentaires

Ni création de poste médical ou non médical, ni allocation d'une enveloppe budgétaire n'ont été allouées à notre hôpital pour prendre en compte la charge de travail supplémentaire.

Le sens du service public, la prise en compte de l'intérêt du patient, en vue de ne pas aboutir à la mainlevée de la mesure de soins dans le cas

d'un dossier incomplet, la volonté d'appliquer au mieux la loi ont permis la mise en œuvre pratique de cette mesure législative sans difficulté majeure dans notre établissement situé dans un territoire très défavorisé (déterminants de santé défavorables).

§ 6 : L'établissement n'a pas mis en place de système de visioconférence

Lors de la réunion de fin juin 2011, le premier président de la cour d'appel de Douai avait indiqué que chaque JLD serait seul décideur du lieu de tenue de l'audience : soit au tribunal de grande instance, soit par visioconférence.

Dans ces conditions, dans l'établissement, après concertation, l'orientation a été prise de ne pas installer de salle de visioconférence qui pourrait ne jamais être utilisée ou servir rarement.

Le TGI de Cambrai est en ville comme l'hôpital et distant de 7 kilomètres (aller/retour), soit une dizaine de minutes en voiture.

§ 7 : L'accompagnement des patients à l'audience du JLD

L'accompagnement au tribunal de grande instance (TGI) pour audition des malades par le juge des libertés et de la détention a lieu durant une matinée une fois par semaine et mobilise une équipe de deux à trois soignants selon la pathologie des patients ainsi que des véhicules pour assurer leur accompagnement au TGI.

Les patients sont « préparés » par les psychiatres et les soignants à la tenue de l'audience devant le JLD. Cette préparation consiste à expliquer au patient qu'il ne va pas au tribunal pour être jugé mais pour bénéficier d'une garantie que les soins prodigués en milieu hospitalier sont conformes à son état de santé.

§ 8 : Le programme de soins

L'hospitalisation complète est toujours priorisée par rapport aux soins ambulatoires dans le cadre de l'admission en soins psychiatriques sans consentement.

Le programme de soins peut prévoir :
- une hospitalisation complète
- des consultations en CMP (centre médico psychologique)
- des visites infirmières à domicile
- l'inscription dans un groupe thérapeutique (CATTP)
- une hospitalisation de jour, une hospitalisation de nuit.

Ce programme de soins va à l'encontre des soins ambulatoires qui par

essence même ne sont pas imposés mais fondés sur l'adhésion du patient, d'où le caractère contradictoire entre programme de soins et soins ambulatoires.

La pratique professionnelle conduit à considérer que les soins psychiatriques obligatoires réalisés dans les « murs », dans un « lieu déterminé », permettent une meilleure dispensation des soins.

Section IV - Les difficultés humaines

Une compréhension mutuelle des difficultés rencontrées par chaque intervenant a été un facteur déterminant pour ce qui concerne l'application pratique de la loi dans un court délai de 4 semaines entre la parution du texte le 5 juillet 2011 et son entrée en vigueur le 1er août 2011.

La mise en œuvre de la loi n'a pas rencontré de blocages humains dans son application grâce aux efforts consentis par toutes les parties prenantes, que ce soit à l'intérieur de l'hôpital ou en externe avec les autres partenaires.

§ 1 : Les relations humaines extérieures se sont inscrites dans une démarche partenariale

La préfecture de région nord-pas-de-calais, l'agence régionale de santé (notamment les référents des hospitalisations sans consentement), le tribunal de grande instance de Cambrai (présidence, magistrats et greffiers) ont été aidants dans la mise en œuvre au quotidien de la loi.

La préfecture de région, notamment le directeur de cabinet alors chargé des hospitalisations sans consentement a tenu une réunion fin juillet 2011 en indiquant qu'il n'avait refusé qu'à titre exceptionnel et pour une raison majeure d'ordre public la levée d'hospitalisation sur décision du représentant de l'Etat. Dans les faits, cette orientation s'est traduite par un avis conforme du représentant de l'état à la suite de l'avis émis par les psychiatres concernant le maintien ou non des soins psychiatriques.

Les référents de l'agence régionale de santé (ARS) ont également apporté leur collaboration dans l'interprétation de la loi, de ses décrets et des circulaires d'application.

La foire aux questions (F. A. Q.) –réforme des soins psychiatriques- mise en ligne par le ministère chargé de la santé, a été utile en apportant des éléments de réponse à des questions posées ainsi que la production rapide de documents types :
- certificats
- avis médicaux

- requête en mainlevée de soins psychiatriques adressée au JLD
- saisine pour contrôle du JLD d'une mesure d'hospitalisation complète en soins psychiatriques
- modification de l'intitulé des arrêtés, exemple :

. l'arrêté portant hospitalisation d'office au titre de la loi de 1990 devient l'arrêté portant admission en soins psychiatriques (loi du 5 juillet 2011)

. l'information sur la mainlevée d'une mesure d'hospitalisation d'office faisant suite à une ordonnance du JLD (loi de 1990) devient avec la loi du 5 juillet 2011 une lettre d'information sur la mainlevée d'une mesure de soins psychiatriques ordonnée par ordonnance du JLD

. l'arrêté portant hospitalisation d'office (suite à un arrêté municipal provisoire) devient un arrêté portant admission en soins psychiatriques faisant suite aux mesures provisoires ordonnées par un maire (loi du 5 juillet 2011).

Toutefois, la F. A. Q. a été un indicateur sans pouvoir être une réponse à toutes les situations particulières rencontrées au quotidien qui n'entrent pas dans un modèle type et les professionnels ont du faire preuve d'une rapide faculté d'adaptation pour ne pas se trouver dans une situation bloquée.

Le suivi des échéanciers contenant les dates limites de présentation des patients à l'audience du JLD est à réaliser avec rigueur pour ne pas être hors délai.

Les premiers interlocuteurs directs de terrain ont été les magistrats et les greffiers du TGI de Cambrai.

Une réunion de concertation sur la mise en œuvre de la loi s'est tenue au tribunal, mi-juillet 2012. Elle a permis de préciser les modalités pratiques de travail entre le tribunal, les avocats et l'hôpital :

- la tenue d'une audience hebdomadaire chaque mardi au tribunal
- la transmission des documents au 10ème jour aux greffes du TGI de Cambrai pour laisser suffisamment de temps d'étude du dossier au magistrat et à l'avocat du patient
- la présence du bâtonnier a permis d'une part de disposer d'une liste d'avocats de permanence, connue le mois précédent pour le mois suivant et, d'autre part, d'évoquer le fait que certains patients disposent de moyens financiers leur permettant de choisir leur avocat et que d'autres malades auront recours à un avocat commis d'office. Les avocats ont été aidants.
- l'examen préférentiel en début de séance par le JLD des dossiers des patients admis en soins psychiatriques

- la liste des magistrats exerçant la fonction de JLD en août et septembre 2011 (il est précisé que la présidente du tribunal elle-même a été le JLD au mois d'août 2011, en période de vacances judiciaires).

§ 2 : Une collaboration hospitalière pluri professionnelle efficace au bénéfice des patients

Les différents acteurs à l'hôpital de Cambrai sont :

- les psychiatres
- les médecins généralistes
- les cadres de santé
- les infirmiers
- les secrétaires médicales
- les personnels administratifs notamment du bureau des admissions.

Ces professionnels de santé auraient pu avancer des arguments forts :

- délai contraint de mise en œuvre de la loi
- formation préalable très réduite pour s'imprégner d'un texte de loi paru le 5 juillet 2011, à appliquer au 1er août 2011
- période de congés annuels d'été
- augmentation de la charge de travail
- absence de moyens supplémentaires humains et financiers

Le constat : tous les personnels hospitaliers ont été porteurs de la mise en œuvre de la loi.

- les psychiatres, notamment, ont rédigé les trois certificats médicaux demandés par la loi dans un délai resserré (24 H//72 H//entre 5ème et 8ème jour) ainsi que l'avis conjoint psychiatre traitant/psychiatre ne participant pas aux soins)
- l'examen somatique a été réalisé par le médecin généraliste ou les médecins des urgences
- le cadre supérieur de santé et les cadres de santé ont adapté l'activité de leurs équipes soignantes pour permettre l'accompagnement des patients à l'audience du JLD tenue chaque mardi au tribunal de grande instance :

L'encadrement soignant participe à la réunion du nouveau collège de professionnels institué par la loi, comprenant deux psychiatres mais aussi un cadre de santé.

Les infirmiers(ères) assurent en plus de leur activité antérieure l'accompagnement hebdomadaire du patient au TGI de Cambrai, ce qui constitue une difficulté matérielle mais aussi humaine. Pour les patients, la tenue de l'audience au tribunal devant le JLD est ressentie

fréquemment comme anxiogène : « comment l'audience va-t-elle se dérouler ? que va dire le juge ? pourquoi le passage devant le juge maintenant et pas avant (la loi du 5 juillet 2011) ; certains patients arrivent au tribunal en pleurs. Ce questionnement conduit les soignants à expliquer ou réexpliquer ce que « les docteurs ont dit » et notamment insister sur le fait que lors du passage devant le juge, ce n'est pas un verdict que le magistrat rend mais une décision que le JLD prend dans l'intérêt du patient (poursuite ou non de l'hospitalisation au-delà de 15 jours). Le JLD n'inflige pas de condamnation du patient mais au contraire est protecteur du patient.

Par ailleurs, il convient de rappeler que la levée de la mesure d'hospitalisation ne signifie pas la sortie du patient de l'hôpital.

Les secrétaires médicales et les personnels administratifs ont eu à affiner le suivi des échéanciers en vue de respecter les délais de tenue des audiences du JLD pour les patients concernés.

En l'absence d'une contribution positive de tous les personnels de santé médicaux et non médicaux, la loi du 5 juillet 2011 n'aurait pu être mise en œuvre dans un délai aussi court.

La conscience professionnelle et la prise en compte de l'intérêt du patient par tous les professionnels ont primé toute autre considération en garantissant la continuité des soins prodigués au patient.

La collaboration de tous les professionnels de santé pour assurer la meilleure qualité des soins a mis en avant leur professionnalisme.

Conclusion

La mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011 s'est faite sans difficulté majeure grâce au sens du service public des professionnels de santé, au professionnalisme de toutes les parties concernées (préfecture, agence régionale de santé, tribunal, hôpital).

Une nécessité de pragmatisme et de dialogue constructif a primé pour éviter une situation bloquée.

La loi n'a pas, selon notre expérience pratique, simplifié la procédure, comme l'attendaient les professionnels de santé avec la suppression des deux certificats médicaux et la mise en place d'un seul certificat médical. Cette mesure aurait été un acte facilitateur.

Le nouveau texte a mis en place plus de contraintes de procédure avec la volonté de protéger encore mieux les libertés individuelles (notamment d'aller et de venir) et de renforcer les droits des malades (notamment une information régulière du patient)

TABLE DES MATIÈRES

Liste des contributions 3

Préface
par Anne Laude 5

Introduction
par Aurore Chaigneau 9

PREMIERE PARTIE : LES DIFFERENTS MODES D'HOSPITALISATION SANS CONSENTEMENT

L'hospitalisation à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent
par François Vialla et Sophie Guigue 17

Section I – L'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent 19
§ 1 : Les conditions de fond de l'admission en soins psychiatriques sur décision du directeur de l'établissement 19
A. Les conditions de fond communes aux admissions en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent 19
1) L'existence du trouble mental 20
2) L'impossibilité de consentir aux soins 20
3) Le besoin de soins psychiatriques 20
B. Les conditions de fond spécifiques aux admissions en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent 21
1) Les conditions de fond spécifiques aux admissions en soins psychiatriques à la demande d'un tiers 21
a) La condition spécifique à l'admission à la demande d'un tiers classique 21
b) La condition spécifique à la demande d'un tiers en urgence 22
2) Les conditions spécifiques à l'admission en soins psychiatriques en cas de péril imminent 22
a) L'absence de tiers 22
b) Le péril imminent 22
§ 2 : Les conditions de forme de l'admission en soins psychiatriques sur décision du directeur de l'établissement 22
A. Les modalités de l'admission en soins psychiatriques 23
1) La demande du tiers 23
2) L'information des autorités 23
B. Les certificats médicaux initiaux 24

1) Le certificat médical initial à l'admission à la demande d'un tiers . .24
a) L'admission à la demande d'un tiers classique 24
b) L'admission à la demande d'un tiers en urgence 25
2) Le certificat médical initial à l'admission en cas de péril imminent 25
Section II – Le déroulement et la levée de la mesure de soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent 25
§ 1 : Le choix de la modalité de prise en charge et le maintien des soins psychiatriques sans consentement sur décision du directeur de l'établissement 25
A. La période d'observation et de soins de 72 heures 25
1) Les certificats médicaux 26
2) Le choix du mode de prise en charge 26
B. Le maintien de la mesure de soins psychiatriques 28
1) Les certificats médicaux 28
2) L'intervention de plein droit du juge des libertés et de la détention pour les mesures d'hospitalisation complète . . .29
3) L'examen médical par le collège. 30
§ 2 : La mainlevée de la mesure de soins psychiatriques sans consentement sur décision du directeur de l'établissement 30
A. La mainlevée prononcée par le directeur de l'établissement 31
B. La mainlevée prononcée par le juge des libertés et de la détention . . .31

L'hospitalisation psychiatrique sans consentement, le cas des détenus
par Mikaël Benillouche 33

Section I - Un dispositif juridique évolutif 35
§ 1 : Un droit interne renforçant la prise en charge du détenu malade .35
§ 2 : Les sources supranationales protectrices du détenu malade 39
Section II – Un dispositif juridique encadré 41
§ 1 : La fermeté croissante européenne 41
§ 2 : L'affirmation progressive de contrôles internes 44

Le préfet dans les différentes procédures d'hospitalisation sans consentement
par Olivier Février et Julie Diebold 47

Section I – Les pouvoirs d'action du préfet 49
§ 1 : Conditions de l'admission en soins sans consentement 49
§ 2 : Le suivi du patient et la modification de la forme de la prise en charge 53
§ 3 : La levée de la mesure 56
Section II – Le pouvoir d'appréciation du préfet 58
§ 1 : Le droit à l'information du préfet, composant essentiel de son pouvoir d'appréciation 58
§ 2 : L'encadrement des pouvoirs du préfet 61

DEUXIEME PARTIE : LES DROITS ET LIBERTES

Les soins sans consentement au gré des questions prioritaires de constitutionnalité
par Bernard Poujade 67

Section I - La loi « Esquirol » du 30 juin 1838 rattrapée par la QPC 68
Section II - La loi « Evin » du 27 juin 1990 et les QPC 69
Section III - La loi du 5 juillet 2011 imposée et remise en cause par les QPC 72

Libertés individuelles et hospitalisation sans consentement
par Justin C. Kissangoula 77

Section I - La liberté individuelle dans les mesures d'hospitalisation sans consentement 79
A. Les bases textuelles 79
1) La liberté individuelle dans la loi « Esquirol » du 30 juin 1838 80
2) Le choix « administratif » pour la préservation de la liberté individuelle des aliénés internés 82
B. Les bases institutionnelles 84
1) La distinction entre placement en établissements publics et placement en établissements privés 84
2) La distinction entre placement volontaire et placement ordonné par l'autorité publique 86
Section II – La liberté individuelle contre les mesures d'hospitalisation sans consentement 90
A. La condamnation du « choix administratif » pour la préservation de la liberté individuelle des aliénés internés 92
1) La soumission du « choix administratif » au contrôle juridictionnel 92
2) La mission de la CODHOPSY en matière de préservation de la liberté individuelle des aliénés internés 95
B. La recommandation du « choix judiciaire » pour la préservation de la liberté individuelle des aliénés internés 98
1) La répartition des compétences entre les autorités ou les personnesqui décident d'un placement et celles qui le contrôlent 99
2) La réservation de la compétence du juge judiciaire en tant que gardienne de la liberté individuelle des aliénés internés 104

Les droits des personnes hospitalisées pour soins psychiatriques sans leur consentement
par Jacqueline Flauss-Diem 109

Section I – Une personne aux droits fondamentaux encadrés 111
Section II – Une personne à l'égard de laquelle le personnel de santé a des obligations 113
§ 1 : L'obligation d'informer la personne 113
A. Informer la personne de sa situation au plan juridique 113

B. Informer la personne de sa situation au plan médical 115
§ 2 : L'obligation de rechercher l'avis de la personne 116
A. La qualité de l'expression de la volonté du patient 117
B. Le type de soins avec avis du patient 118
C. La valeur de l'avis de la personne 121
Section III – Une personne qui bénéficie de droits spécifiques et intangibles .123
§ 1 : Des prérogatives susceptibles d'être exercées par d'autres que la personne hospitalisée 123
§ 2 : Des prérogatives exclusivement personnelles 126

L'unification du contentieux des décisions d'hospitalisation d'office. Rapide retour sur un dualisme juridictionnel
par Xavier Cabannes 129

Section I – Le temps de l'unicité juridictionnelle 130
§ 1 : L'unicité affirmée 131
§ 2 : Les raisons de l'unicité 133
Section II – Le temps du dualisme juridictionnel 135
§ 1 : Le dualisme conquis 135
§ 2 : L'hospitalisation d'office et le juge : un dédale juridictionnel 138

Le juge des libertés et de la détention et la psychiatrie
par Bruno Py 141

Section I - Pourquoi le juge des libertés et de la détention contrôle-t-il les soins et hospitalisations psychiatriques ? 143
§ 1 : Une judiciarisation impulsée par la CEDH (dès 1979) 143
§ 2 : Une judiciarisation imposée par le Conseil constitutionnel (dès 2010) 145
Section II - Comment le juge des libertés et de la détention contrôle-t-il les soins et hospitalisations psychiatriques? 147
§ 1 : Comment saisir le JLD ? 147
§ 2 : Comment le JLD exerce-t-il son contrôle ? 148

Témoignage : des mots pour réparer des maux
par Marie-Dominique Usciati 153

Les contrôles administratifs des mesures de soins psychiatriques sans consentement
par Cécile Castaing 163

Section I – Les prérogatives des autorités de contrôle. 166
§1 : Le contrôle de la nécessité de la mesure de soins. 166
§2 : Le contrôle de la situation individuelle. 171
Section II – L'exercice effectif des contrôles administratifs. 174
§1 : Les moyens d'actions 174
§2 : Les sanctions 181

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté et les soins psychiatriques imposés
par Jean-Yves Maréchal 185

Section I - Le cadre d'intervention du Contrôleur général des lieux de privation de liberté 187
§ 1 : Fonctions 187
§ 2 : Prérogatives 189
Section II - Le rôle particulier du Contrôleur général des lieux de privation de liberté en matière de soins psychiatriques imposés 192
§ 1 : Droit d'informer le Contrôleur général des lieux de privation de liberté 192
§ 2 : Devoir d'informer le Contrôleur général des lieux de privation de liberté 195

TROISIEME PARTIE : LA GESTION DES HOSPITALISATION SANS CONSENTEMENT

Les agences régionales de santé et la gestion de l'hospitalisation sans consentement : une reforme discrète dans la continuité
par Julien Martin 201

Section I - Un fondement ancien à la compétence des agences régionales de santé en matière d'hospitalisations sans consentement 202
§ 1 : L'inclusion ancienne de la gestion des hospitalisations sans consentement dans la compétence générale d'assistance des agences régionales de santé aux préfets 203
§ 2 : L'inclusion modernisée de la gestion des hospitalisations sans consentement dans la compétence générale d'organisation de la psychiatrie des agences régionales de santé 204
Section II - Les contours incertains de la compétence des agences régionales de santé en matière d'hospitalisations sans consentement 207
§ 1 : L'insuffisance de l'instruction opérée par les agences régionales de santé au bénéfice du préfet ? 207
§ 2 : La substitution de compétence opérée par les agences régionales de santé au détriment du préfet ? 209

L'hospitalisation sans consentement d'un point de vue pratique : l'expérience d'un centre hospitalier
par Jean-Martin Andarelli 213

Section I - Les difficultés juridiques 215
§ 1 : Le cadre juridique des audiences devant le juge des libertés et de la détention (JLD) 215
§ 2 : L'examen somatique 215
§ 3 : Les arrêtés préfectoraux 216
§ 4 : Le secret médical et l'audience publique 216
§ 5 : Le lieu de tenue de l'audience 217
§ 6 : La présence d'un avocat à l'audience 217

Section II - les difficultés administratives 217
§ 1 : La réunion d'un collège de professionnels de 3 membres 218
§ 2 : La constitution d'un dossier administratif complet 218
§ 3 : La transmission des dossiers des patients au JLD dans un délai restreint 218
§ 4 : La non acceptation de certificats médicaux de « régularisation » ...219
§ 5 : La rédaction des certificats médicaux 219
§ 6 : L'information de la présence d'un avocat 219
§ 7 : La difficulté pour les services de psychiatrie à communiquer l'enveloppe contenant les certificats médicaux dans le court délai imparti 219
§ 8 : Le JLD donne au patient l'ordonnance intégrale de rendu de sa décision 220
Section III - Les difficultés matérielles 220
§ 1 : L'insuffisance de temps de préparation pour la mise en œuvre de la loi 220
§ 2 : L'entrée en vigueur de la loi en période de congés d'été 220
§ 3 : Un personnel médical et soignant qui connaît un effectif sous forte tension, notamment pendant la période estivale (juillet-août) 221
§ 4 : Le principe posé d'une convocation d'un collège de professionnels 221
§ 5 : La mise en œuvre de la loi s'est faite sans moyens supplémentaires 221
§ 6 : L'établissement n'a pas mis en place de système de visioconférence 222
§ 7 : L'accompagnement des patients à l'audience du JLD 222
§ 8 : Le programme de soins 222
Section IV - Les difficultés humaines 223
§ 1 : Les relations humaines extérieures se sont inscrites dans une démarche partenariale 223
§ 2 : Une collaboration hospitalière pluri professionnelle efficace au bénéfice des patients 225
Conclusion 227