

Le Conseil constitutionnel, à l'origine d'une vaste réforme du droit des hospitalisations sans consentement en psychiatrie¹

Elodie CANUT²

« *La raison est ce qui effraie le plus chez un fou* »,
Anatole France³

L'histoire de l'enfermement en psychiatrie remonte à l'Égypte ancienne, où des « Temples du sommeil » voient le jour. Il s'agit de lieux de soins et d'étude des rêves, la maladie mentale relève d'une conception « magique ». Durant la Haute Antiquité, la folie est assimilée à la possession démoniaque. Il faut attendre l'empire byzantin et les directives de Justinien pour que le sort des malades mentaux s'améliore quelque peu, avec la création d'hospices.

Jusqu'au début du Moyen Âge, les malades mentaux sont pris en charge par leur famille, leur voisinage, et sont intégrés dans l'environnement social. Le « fou » représente le réprouvé de Dieu, qui consomme dans sa folie la faute et le péché. Très tôt, une distinction entre deux types de maladies s'opère. Une maladie « tranquille », bien tolérée par la société et une maladie « furieuse », troublant l'ordre public. Les « fous » se livrant à des voies de fait sont incarcérés, bien que l'assistance aux aliénés ne soit pas du ressort des autorités publiques. C'est l'avènement des « tours aux fous », où périrent de nombreux « insensés ». À cette époque, l'intervention du juge est primordiale. Il prononce les jugements à l'encontre des malades mentaux, avec pour objectif de protéger la société du « fou ».

À la fin du XIVe siècle débute la chasse aux démons, et les malades payeront un lourd tribut à l'inquisition. Un médecin, J. WIERI, affirme alors que l'immense majorité des personnes accusées de sorcellerie sont condamnées alors qu'il faudrait les plaindre car elles sont victimes de désordres mentaux⁴.

Les XVIIe et XVIIIe siècles sont marqués par le « grand enfermement », correspondant à un souci sécuritaire. Les premiers hôpitaux destinés aux insensés sont mis en place. L'internement est prononcé par des lettres de cachet du roi, qui furent vivement critiquées, car entachées d'arbitraire ; elles seront abolies en 1784. La compétence est transférée au procureur général, qui prononce l'admission en présence de deux administrateurs, après un examen médical. Le plaignant et les malades sont convoqués par le juge, et le bureau de l'hospitalisation décide de l'opportunité de l'internement. Le Parlement tente de réglementer et d'organiser la prise en charge des malades mentaux. Ainsi, les lieux accueillant des insensés sont visités par le premier président du Parlement ou par le substitut

¹ Etat du droit au 30 mai 2011, avant la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-135/140 QPC du 09 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office]* et le vote, en deuxième lecture, du projet de loi au Sénat les 14 et 15 juin 2011.

² Doctorante au Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras, UMR CNRS 6201, ATER en droit public à l'Université du Sud Toulon Var.

³ Extrait de Anatole France, « Histoire contemporaine, Monsieur Bergeret à Paris », Paris, *Presses pocket*, 1986, 215 p.

⁴ J. WIERI, « de præstigiis dæmonum, et incantationibus ac veneficiis, libri V. Tertia editione aucti », *Cum Cæs. Majest. gratia & privilegio: item copioso rerum & verborum indice. Basileæ, per Joannem Oporinum*, 1566, 745 p.

du procureur. Les plaintes des patients sont alors recueillies. L'inspecteur statue sur chacune d'entre elles. De plus, le règlement de Charenton de 1765 précise que « *les pensionnaires ont le droit d'adresser les réclamations aux autorités (...) Les lettres sont remises au supérieur qui les adresse au ministre ou au magistrat chargé de la police de la maison, à la suite de quoi une enquête est prescrite* ».

Avec la naissance de l'Aliénisme, le « fou » devient objet d'investigation, la folie un objet de science. Paradoxalement, en cherchant à domestiquer la folie, la raison s'interdit de la comprendre. Le « fou » est désormais parqué et délivré de ses chaînes, mais il est alors asservi au regard savant du médecin. Philippe Pinel marque les esprits grâce à un épisode demeuré célèbre. Avec son surveillant Pussin, ils font tomber les chaînes des aliénés. Michel Foucault affirmera que Pinel n'a pas introduit une science mais un personnage aux facettes du « Père, du Juge, de la Loi et de la Famille » dont le but sera d'enseigner les normes aux aliénés. Esquirol, célèbre disciple de Pinel, s'intéresse aux cas des malades mentaux et écrit « *ces même individus qui devraient attirer sur eux un intérêt tout particulier, ces infortunés qui éprouvent les plus redoutables des misères humaines sont plus mal traités que des criminels et réduits à une condition pire que celle des animaux* ».

Le 30 juin 1838, après dix-huit mois et plus de 950 pages de débats passionnés durant lesquels se sont succédées les interventions des plus grands aliénistes français, la première loi instituant l'aliénisme voit le jour. Ce « monument » de la législation française est une loi d'assistance et une loi de protection du patient et de la société. La loi de 1838 est la première « grande loi » sur la psychiatrie. Son caractère innovant réside dans une prise en charge nouvelle des aliénés. Avant son adoption, les « insensés » étaient enfermés, attachés et subissaient les pires traitements. À partir de 1838, ils bénéficient, enfin, d'un recours aux magistrats et d'une véritable prise en charge thérapeutique. La loi institue deux nouveaux modes de placement, qui ne sont pas prononcés par le juge : le placement volontaire et l'internement d'office. Cette loi à la longévité record est restée appliquée pendant plus de deux siècles, elle fut complétée en 1981 par la loi sécurité liberté⁵, mais la vraie réforme des normes en psychiatrie aura lieu en 1990.

La loi Evin du 27 juin 1990⁶, instaure trois types d'hospitalisation. L'hospitalisation libre, qui procède d'une démarche volontaire, où le consentement de la personne concernée est clairement exprimé. L'hospitalisé peut à tout moment décider de mettre fin à son suivi en établissement spécialisé. Cependant, lorsqu'un « hospitalisé libre » souhaite quitter le service qui l'accueille, alors que son état mental est jugé dangereux, pour lui-même, ou pour autrui, sa situation peut « basculer » et faire l'objet d'une mesure d'hospitalisation forcée.

L'hospitalisation d'office (HO) prend deux formes. L'HO de droit commun⁷ est demandée par le préfet dans les départements, ou par le préfet de police à Paris. La personne doit présenter « *des troubles mentaux qui nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou porte atteinte, de façon grave, à l'ordre public* ». L'HO en urgence⁸ est demandée par le maire dans les départements, ou par les commissaires de police à Paris. La personne doit présenter un comportement révélant « *des troubles mentaux manifestes* », un « *danger imminent pour la sûreté des personnes, attesté par un avis médical ou, à défaut, par la notoriété publique* ».

⁵ Loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *Journal Officiel*, 3 février 1981.

⁶ 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.

⁷ Article L. 3213-1 CSP

⁸ Article L. 3213-2 CSP

Pour l'hospitalisation à la demande d'un tiers⁹ (HDT), la personne doit être atteinte de troubles mentaux rendant impossible son consentement, et son état doit imposer des soins immédiats, assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier. La demande d'admission s'accompagne d'un certain nombre de garanties¹⁰, sur le nombre de certificats médicaux, et sur les qualités de leurs auteurs et du tiers.

La psychiatrie a une double mission. La première, commune aux autres disciplines médicales, concerne la prise en charge thérapeutique du patient. La seconde, plus spécifique à la psychiatrie, est relative à la protection de l'ordre public. La protection de la liberté individuelle, des droits des patients, de l'ordre public et l'intérêt général sont alors mis en balance. Néanmoins, ce qui différencie fondamentalement les hospitalisations sans consentement des mesures de sûreté et de détention réside dans la dimension thérapeutique de la psychiatrie.

Ce double objectif en psychiatrie s'est répercuté directement sur l'œuvre du législateur et a inspiré la loi du 27 juin 1990 régissant les hospitalisations, et modifiée par la loi du 4 mars 2002¹¹. Le législateur de 1990 avait prévu une révision de cette loi cinq années plus tard. Plusieurs réformes ont été proposées, sans succès.

Le 26 novembre 2010 va bouleverser cet état de fait. Saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel se prononce sur le maintien des HDT en imposant un recours systématique au juge judiciaire après quinze jours d'hospitalisation.

Le législateur, contraint de modifier la législation en vigueur, entreprend alors une vaste réforme des hospitalisations sans consentement. C'est dans un climat pesant que la réforme est débattue au Parlement. En effet, à la surprise générale, le texte de la commission des affaires sociales, profondément modifié par les amendements déposés par la rapporteure Muguette Dini, est adopté au cours d'une séance de près de 4 heures, puis rejeté lors du vote final sur l'ensemble des articles. Après la démission de Madame Dini, le texte examiné en séance publique les 10 et 11 mai derniers était finalement celui voté par l'Assemblée nationale le 22 mars.

La première lecture de ce projet de loi au Sénat est au cœur d'un mouvement sans précédent des psychiatres. Ils disent « non » à cette réforme ; le syndicat des psychiatres des hôpitaux déclare ainsi « *le projet de loi n'assure pas un équilibre entre protection des libertés, soins et impératifs de sécurité* ». Cette situation inédite illustre les difficultés à légiférer en psychiatrie.

On peut s'interroger ici sur l'impact du droit constitutionnel et de la justice constitutionnelle sur le droit des hospitalisations sans consentement.

La judiciarisation *a priori* des hospitalisations sans consentement est une problématique ancienne, elle fût l'objet de houleux débats et de nombreuses tentatives de réformes. Le recours facultatif au juge sera retenu. Il s'agit d'un recours individuel formé par le patient. Le Conseil constitutionnel va mettre le juge au centre de ce système ; il instaure la saisine systématique du magistrat en matière d'HDT, après quinze jours d'hospitalisation. La Haute instance se montre plus réservée en ce qui concerne le contentieux des hospitalisations sans consentement. Le Conseil ne remet pas en cause la dualité de juridiction, rappelant la compétence du législateur dans ce domaine. Par ailleurs, les sages refusent de donner une valeur constitutionnelle au consentement aux soins, ce qui ne restera pas sans conséquences.

⁹ Article L. 3212-1 CSP

¹⁰ Article L. 3212-2 CSP

¹¹ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

I. La judiciarisation des hospitalisations sans consentement, une problématique ancienne, partiellement résolue par le Conseil constitutionnel

La judiciarisation *a priori* a toujours été rejetée, depuis la loi de 1838. Elle fut de nombreuses fois réclamée lors des tentatives de réforme. La loi de 1990 demeurera dans la lignée de la loi 1838 et maintiendra en place un système de judiciarisation *a posteriori*, où le recours au juge est toujours possible, mais de manière facultative. En 2010, le Conseil constitutionnel va bouleverser ce système et renforcer la judiciarisation, qui, même si elle demeure *a posteriori*, sera plus poussée, à travers l'intervention systématique du juge pour le maintien d'une hospitalisation sans consentement.

A) Une timide judiciarisation des hospitalisations sans consentement de 1838 à 1990

La loi de 1838 crée de nouvelles dispositions concernant les hospitalisations et leurs applications. Elle prévoit l'ouverture d'établissements consacrés aux « aliénés », dans chaque département, et institue deux nouveaux modes de placement.

Le premier, le placement volontaire, n'est nullement une hospitalisation consentie ; il est demandé par les proches du patient. Le préfet notifie les éléments identifiant la personne admise¹² au procureur de la République, dans les trois jours qui suivent l'internement. Cependant, l'intérêt de cette notification est mince, dans la mesure où le procureur ne peut s'opposer à l'hospitalisation. De plus, le recours au juge, durant l'internement, est possible mais demeurera peu effectif, ce qui suscitera de virulentes critiques de la part des partisans de la judiciarisation *a priori*.

Le second, le placement d'office, n'est fondé que sur des considérations de sécurité publique ; aucun certificat médical n'est requis. Cette lacune, comblée par la loi de 1990, vaudra à la loi de 1838 d'être considérée comme une « loi de police sanitaire ». Néanmoins, une garantie était prévue : « *le ministère public est informé de tous les ordres donnés d'office* ». La personne et ses biens sont placés sous l'égide de l'autorité judiciaire. L'individu, ses parents, son curateur, ses amis et le ministère public au nom de la société, ont le droit de saisir les tribunaux¹³. La décision, rendue en chambre du Conseil, n'est pas obligatoirement motivée. Cette carence représente, pour beaucoup, un recul vis-à-vis de l'ancien droit, où tout jugement d'interdiction devait exposer, par écrit, les faits allégués permettant de justifier l'internement. De surcroît, l'appel du jugement est impossible¹⁴, bien que prévu par le projet initial.

¹² Article 10 de la loi du 30 juin 1838 « *les noms, profession et domicile tant de la personne placée que de celle qui aura demandé le placement et les causes du placement* ».

¹³ Article 29 de la loi du 30 juin 1838 : « *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 de l'établissement qui, après les vérifications nécessaires, ordonnera, s'il y a lieu, la sortie immédiate. La décision sera rendue, sur simple requête, en chambre du Conseil et sans délai, elle ne sera point motivée... Aucune requête, aucune réclamation adressée soit à l'autorité judiciaire, soit à l'autorité administrative, ne pourront être supprimées ou retenues par les clefs de l'établissement...* ».

¹⁴ L'appel du jugement de sortie devait être réalisé dans les quinze jours (délai plus bref qui est normalement de trois mois). Montalivet soulignait que « *la décision du tribunal doit être rendue sur simple requête en la chambre du Conseil. Le projet primitif veut que le délai d'appel ne fût que de quinzaine ; mais des objections graves sont produites au sein de la chambre des députés. Pour faire courir le délai de l'appel, il faudrait une signification du jugement, et cette signification elle-même donnerait lieu à beaucoup d'embarras (...)* d'où la

La loi du 30 juin 1838¹⁵ instaure un système mixte, où interviennent autorités administrative et judiciaire. Dans cette perspective, Monsieur Montalivet souhaite que « les notifications de l'entrée dans les établissements soient faites, tant à l'autorité judiciaire, garante de la liberté individuelle, qu'à l'autorité administrative locale, surveillante de l'ordre public »¹⁶. Ainsi, la loi autorise le préfet à demander la « séquestration », alors que le juge ne peut décider de l'admission¹⁷, et cela, même en cas d'urgence. Toutefois, le pouvoir du préfet est, d'une certaine manière, soumis au contrôle de l'autorité judiciaire, qui peut toujours être saisie, et peut prononcer la sortie immédiate de la personne. Enfin, la loi de 1838, à la différence de la loi de 1990, ne retient pas la possibilité pour le magistrat de s'autosaisir.

En 1838, la judiciarisation *a priori* n'est pas retenue par les parlementaires. La raison est simple : la loi de 1838, conçue pour protéger les aliénés, se veut complète et bien réalisée. Ses auteurs pensent pouvoir éviter tout internement arbitraire. C'est pourquoi, le recours au juge n'est possible qu'après l'internement, de manière facultative et non automatique.

Le recours à une judiciarisation, *a priori* et *a posteriori*, est alors au cœur de débats passionnés. Des incohérences sont relevées et reprises au fil des siècles, se traduisant par plusieurs tentatives de réforme, toujours rejetées jusqu'à nos jours.

De nombreux partisans de la judiciarisation, tels que Messieurs Sérieux, Libert¹⁸, Lemoine¹⁹, Dagonet²⁰, Bertrand ou encore Edouard Toulouse plaident, en 1838, pour une remise en question de cette loi « entachée d'arbitraire ». Dans ce sens, en 1870, Gambetta et Magnin, réclament une révision de cette loi et ironisent « *quel français est sûr de ne pas aller ce soir coucher à Charenton ou à Bicêtre ?* »²¹.

Parmi l'une des plus importantes tentatives de réforme, l'on peut citer, la « proposition Clemenceau »²² de 1904. Son exposé des motifs est sans appel : « *tout internement d'aliéné constituera le délit de violation de la liberté individuelle s'il n'a été immédiatement soumis à la ratification de l'autorité judiciaire* »²³. Après de nombreux débats entre partisans et opposants à la judiciarisation, cette proposition sera rejetée et le système de recours individuel *a posteriori* restera inchangé.

En 1990, Claude Evin²⁴, ministre de la santé, souhaite la mise en cohérence de la législation avec une recommandation du Conseil de l'Europe²⁵ et un projet de résolution de la Commission des droits de l'Homme de l'ONU²⁶.

À cette occasion, une judiciarisation dès l'admission est réclamée par certains députés. Cependant, le gouvernement, soutenu par l'association de malades et de familles et par la majorité des psychiatres, rejette, de nouveau, l'intervention préalable du juge judiciaire. Ce refus repose sur trois points. Tout d'abord, le juge n'est pas compétent pour décider d'un

suppression pure et simple de la disposition relative à l'appel » ; Chambre des Pairs 18 mai 1838, *Moniteur Universel*, Paris, 1838, p. 1298.

¹⁵ Loi sur les aliénés n° 7443 du 30 juin 1838, *Recueil Duvergier*, 1838, p. 490.

¹⁶ Chambre des Pairs, 15 juin 1838, *Moniteur Universel*, Paris, 1838, p. 103.

¹⁷ Cette possibilité avait pourtant été retenue dans le projet initial.

¹⁸ P. SERIEUX, L. LIBERT, « le régime des aliénés au XVIIIe », Paris, *Masson*, 1913, 151 p.

¹⁹ J. LEMOINE, « le régime des aliénés et la liberté individuelle », Paris, *librairie du recueil Sirey*, 1934, p. 65.

²⁰ J. LEMOINE, « le régime des aliénés et la liberté individuelle », *op cit*, p. 75.

²¹ J. LEMOINE, « le régime des aliénés et la liberté individuelle », *op cit*, p. 75.

²² Proposition relative aux garanties de la liberté individuelle du 16 décembre 1904, *Journal Officiel Documents*, Sénat, 1904.

²³ Documents parlementaires, Sénat., *Journal Officiel*, 1904, annexe n°334, p. 57.

²⁴ Séance du 18 avril 1990, propos de M. Evin, *Journal Officiel Débats*, 1990, p. 349.

²⁵ Recommandation relative à la « *protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires* » adoptées par le comité des ministres du Conseil de l'Europe, le 22 février 1983.

²⁶ Projet de résolution n° 1989-40 de la Commission des droits de l'Homme de l'ONU, relatif aux « *principes et garanties pour la protection des personnes détenues pour maladies mentales et souffrant de troubles mentaux* ».

placement. Ensuite, il est nécessaire de préserver l'équilibre des pouvoirs entre les divers acteurs concernés par les placements. Enfin, il est impératif que l'accès aux soins nécessaires ne soit pas retardé²⁷. Monsieur Dreyfus-Schmidt répond : « *les personnes qui, en France, portent le plus atteinte aux libertés, dans la plus grande légalité, bien sûr, ce sont précisément les magistrats ! Ils ont l'habitude de le faire lorsqu'ils en ont mission de par la loi. Mais respecter les libertés, cela ne veut pas dire ne pas interner quelqu'un qui doit l'être ; cela veut dire vérifier si les conditions l'imposent ou non* »²⁸.

Ainsi, la loi de 1990 entrera en vigueur le 27 juin et ne retiendra pas les amendements de Monsieur Dreyfus-Schmidt. La judiciarisation *a priori*, tant attendue par certains députés, ne verra pas le jour. Toutefois, comme en 1838, le recours au juge sera toujours possible, *a posteriori*, de manière individuelle, et non systématique. Le Conseil constitutionnel, qui n'avait jamais pu être saisi de cette loi, du fait de l'absence de contrôle *a posteriori* des lois à l'époque, bouleversera cet état de fait en 2010.

B) La décision du Conseil constitutionnel de 2010, à l'origine d'une judiciarisation accrue en matière d'hospitalisations sans consentement

En novembre 2008, à la suite de la mort d'un jeune doctorant, à Grenoble, poignardé par un patient en fugue de l'hôpital, le Président Sarkozy a demandé une grande réforme de la psychiatrie. Un projet de loi réformant la législation entrée en vigueur en 1990, a été présenté en Conseil des ministres le 5 mai 2010, et attendait depuis son inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale. Cette réforme des hospitalisations sans consentement aurait pu, à l'instar des précédentes propositions de réformes, rester sans effet, mais le Conseil constitutionnel en a décidé autrement.

Le Conseil constitutionnel, par sa décision du 26 novembre 2010²⁹, va contraindre le législateur à sortir de son attentisme. Au surplus, les sages ont donné au législateur jusqu'au 1^{er} août 2011, pour mettre en conformité la législation actuelle avec ses recommandations. Cette échéance ne porte que sur certaines dispositions de la législation relative à l'hospitalisation sans consentement. En revanche, le gouvernement, dans une certaine précipitation, a décidé de réformer, de manière globale, les hospitalisations sans consentement. Cet état de fait, fera dire à Jean René Lecerf, sénateur UMP et rapporteur pour avis de la commission des lois, « *nous délibérons, nous aussi, sous la contrainte* »³⁰. Le 15 mars 2011, les psychiatres et magistrats ont quant à eux demandé le retrait immédiat du projet de loi, souhaitant que le gouvernement modifie la loi actuelle *a minima*, en prenant en compte la décision du Conseil constitutionnel. En lieu et place du projet actuellement débattu, ils espèrent une grande réforme, basée sur des échanges avec les professionnels et les usagers de la psychiatrie. Nora Berra, la secrétaire d'Etat chargée de la santé, a sur ce point annoncé au Sénat un grand plan santé mentale, à l'image du plan cancer ou du plan maladies orphelines, pour l'automne.

La décision du Conseil constitutionnel, très attendue, notamment sur la question de l'insuffisance de contrôle judiciaire dans le cadre des procédures d'hospitalisation sans

²⁷ Séance du 18 avril 1990, propos de M. Evin, *Journal Officiel Débats*, 1990, p. 366.

²⁸ Séance du 18 avril 1990, propos de M. Dreyfus-Schmidt, *Journal Officiel Débats*, 1990, p. 370.

²⁹ Cons. const., décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, [hospitalisation sans consentement].

³⁰ Débats au Sénat du 10 mai 2011.

consentement³¹, éclaircit la situation. De fait, le juge constitutionnel, ne s'était jusqu'alors jamais prononcé dans ce domaine.

Par cette décision³², le Conseil réaffirme sa jurisprudence constante relative à la protection de la liberté individuelle³³. Il rappelle que la « *liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire* ». Par ailleurs, le Conseil constitutionnel juge que l'article 66 de la Constitution n'impose pas la judiciarisation *ab initio* de l'HDT. Il retient en effet : « *si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté* »³⁴. La judiciarisation *a priori* ne sera donc pas retenue. La Haute instance délivre ainsi un « brevet de constitutionnalité »³⁵ aux articles relatifs aux conditions d'admission³⁶.

Il n'en va pas de même pour les dispositions relatives au maintien de l'hospitalisation. Le Conseil relève la possibilité pour le patient de saisir le juge. Or, il est évident que l'état mental de ce patient ne lui permet pas d'exercer pleinement ce droit. Cette garantie est insuffisante pour le Conseil, qui impose au législateur de prévoir une saisine automatique du juge judiciaire dans les quinze jours suivant l'admission en HDT³⁷.

Cette décision reprend la traditionnelle jurisprudence constitutionnelle relative au recours au juge judiciaire dans le cadre de mesures privatives de liberté. La décision de principe est celle du 9 janvier 1980 relative à la rétention administrative des étrangers³⁸. Le Conseil constitutionnel avait déclaré contraires à la Constitution les dispositions visant à repousser au septième jour l'intervention du juge judiciaire³⁹. Dans cette perspective, le 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel confirmait cette jurisprudence, en « *considérant (...)*

³¹ N. ALBERT, « Il est interdit d'interner... sans contrôle judiciaire », *Semaine juridique, Administrations et collectivités territoriales*, 2010, n° 49, p. 7-9.

³² Cons. const., décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, [hospitalisation sans consentement], cons. 16.

³³ Le Conseil avait déjà retenu dans sa décision du 21 février 2008, n° 2008-562 DC, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, « *la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté doivent respecter le principe, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, 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 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 à l'objectif de prévention poursuivi ;* »

³⁴ Cons. const., décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, [hospitalisation sans consentement], cons. 20.

³⁵ N. ALBERT, « "Il est interdit d'interner... sans contrôle judiciaire". – à propos de la décision du Conseil constitutionnel, n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010 », *op cit*, p. 7.

³⁶ Cons. const., décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, [hospitalisation sans consentement], cons. 17-22.

³⁷ X. BIOY, « Le régime de l'hospitalisation sur demande d'un tiers », *Constitutions*, janvier-mars 2011, n° 1, p. 108-112.

³⁸ Cons. const., décision n° 79-109 DC du 09 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration.*

³⁹ Cons. const., décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, cons. 4.

que l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures»⁴⁰.

Pour l'hospitalisation sans consentement, les sages ont jugé que le maintien d'une mesure privative de liberté, sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, et au-delà de quinze jours, viole l'article 66 de la Constitution. Le Conseil a estimé que le délai de 48 heures, qu'il avait imposé en matière de rétention administrative et de garde à vue, n'était pas transposable à l'hospitalisation sans consentement. Effectivement, il est primordial de distinguer les relations qui existent entre, d'une part, l'administration et l'étranger en situation irrégulière ou l'officier de police judiciaire et le gardé à vu, et d'autre part entre le médecin et son patient⁴¹.

Le législateur a pris acte de cette exigence, et lui a donné une portée plus large. Le nouveau projet de loi sur la psychiatrie instaure un examen systématique par le JLD, dans les quinze jours suivants l'admission. Au surplus, il ajoute une saisine automatique pour chaque renouvellement, tous les six mois, pour les HDT et de manière plus globale pour toutes les mesures d'hospitalisation sans consentement. Cette saisine systématique s'ajoute au classique recours individuel, possible à tout moment devant le JLD. Selon l'avis de la commission des lois⁴², cette saisine automatique du juge a une vertu supplémentaire, elle permettrait de mettre fin à la présomption de « défiance » envers les soignants qui pouvait exister auparavant.

Une innovation de ce texte est de prévoir une période d'observation obligatoire de 72 heures, en hospitalisation complète, avant l'hospitalisation sans consentement. Cette mesure a pu être assimilée, par les opposants au texte, à une « garde à vue psychiatrique »⁴³. La disposition relative à cette période d'observation devrait être ultérieurement précisée, car cette hospitalisation complète et forcée porte directement atteinte à la liberté d'aller et venir de l'individu. Il est possible que le Conseil constitutionnel soit saisi de ce point, cependant, il est peu probable, au regard de la jurisprudence que nous venons d'étudier, que les sages remettent en question cette disposition, en permettant le recours au juge dès la mise en observation, ou à la fin de ces 72 heures.

Dans sa décision de 2010, le Conseil constitutionnel a émis une réserve. Il demande que le juge se prononce « dans les plus brefs délais »⁴⁴, lorsqu'un patient en HDT demande en justice une sortie immédiate. Cette réserve est directement inspirée de l'article 5§4⁴⁵ de la

⁴⁰ Cons. const., décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, cons. 26.

⁴¹ Cahiers du Conseil constitutionnel, numéro 30.

⁴² Avis n° 477, présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale 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 du Sénat le 27 avril 2011 et adopté par l'Assemblée nationale.

⁴³ Le projet de loi précise que, dans les premières 24 heures, un médecin devra réaliser « un examen somatique complet de la personne » et un psychiatre de l'établissement d'accueil devra établir « un certificat médical constatant son état mental et confirmant ou non la nécessité de maintenir le soin psychiatriques ». Ce psychiatre ne peut être l'auteur du certificat initial d'admission. À la fin des 72 heures, un nouveau certificat est établi dans les mêmes conditions. Lorsque les deux certificats concluent à la « nécessité de maintenir les soins psychiatriques », un psychiatre de l'établissement d'accueil devra proposer « dans un avis motivé, établi avant l'expiration du délai de 72 heures (...) la forme de prise en charge et, le cas échéant, le programme de soins ». Le préfet décidera alors du type de prise en charge du patient. Il devra tenir compte « les exigences liées à la sûreté des personnes et l'ordre public » et, si c'est le cas, « du protocole de soins ambulatoires établis par le psychiatre ».

⁴⁴ Cons. const., décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, [hospitalisation sans consentement], cons. 39.

⁴⁵ « Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH), qui a valu à la France plusieurs condamnations⁴⁶. Cet article offre à toute personne qui fait l'objet d'une telle mesure le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue, « à bref délai », sur la légalité de la détention. La Cour européenne des droits de l'Homme a appliqué cette notion, qui s'apprécie au cas par cas et ne peut être confondue avec la notion de « délai raisonnable » issue de l'article 6 de la CEDH.

Le projet de loi, actuellement débattu au Parlement, tente d'évaluer quelle pourrait être la durée de ce délai, dans la mesure où la France a été plusieurs fois condamnée sur le non-respect de l'article 5§4 de la CEDH⁴⁷.

II. Un Conseil constitutionnel effacé face à des problématiques complexes concernant le recours effectif au juge et le droit au refus de soins

Le contentieux relatif aux hospitalisations sans consentement est, depuis plus de deux siècles, éclaté entre juridictions judiciaire et administrative. Cette dualité très controversée n'a pas été remise en question par le juge constitutionnel, qui a rappelé au législateur qu'il est de sa compétence de légiférer afin de conserver, ou non, ce système. Le Conseil constitutionnel se montrera plus réservé en ce qui concerne le droit à consentir aux soins, en ne lui donnant pas une portée constitutionnelle, il laisse la possibilité au législateur de mettre en place des soins sous contrainte.

A) La dualité de juridiction en matière d'hospitalisation sans consentement, une réalité nullement remise en question par le juge constitutionnel et soumise à l'appréciation du législateur

L'autorité judiciaire est seule compétente pour apprécier la nécessité d'une hospitalisation sans consentement et ses conséquences. La juridiction administrative, quant à elle, apprécie la régularité des décisions administratives ordonnant l'hospitalisation.

En 1981, la loi « Sécurité-Liberté »⁴⁸, avait tenté, sans trop de succès, d'assurer l'effectivité de l'article 29 de la loi de 1838⁴⁹, en instituant un véritable droit de recours au

⁴⁶ CEDH, 18 juin 2002, *Delbec c/ France*, n° 431/98; CEDH, 27 juin 2002, *D.M. c/ France*, n° 41376/98; CEDH, 27 juin 2002, *L.R. c/ France*, n°33395/96; CEDH, 5 novembre 2002, *Laidin c/ France*, n° 43197/98; CEDH, 27 octobre 2005, *Mathieu c/ France*, n° 68673/01; CEDH, 18 novembre 2010, *M. Baudoin c/ France*, n° 35935/03.

⁴⁷ Sur l'impossible application du respect du principe de précaution dans ce domaine, voir S. LE BIGOT, « sur l'application du principe de précaution en matière d'hospitalisation d'office », *Lexbase Hebdo édition privée* n°192, 1^{er} décembre 2005; G. VINER et P. KOURILSKY, « Le principe de précaution, Rapport au Premier Ministre », rapport remis au Premier ministre le 29 novembre 1999, Paris, *la Documentation Française*, 2000, 405 p.; T. FOSSIER, « la relation entre psychiatre et le malade : aspects juridiques », *l'information psychiatrique*, n° 7, volume 77, septembre 2001, p. 683.

⁴⁸ Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *Journal Officiel*, 3 février 1981.

⁴⁹ « 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. Les personnes qui auront demandé le placement, et le procureur du Roi, d'office, pourront se pourvoir aux mêmes fins.

Dans le cas d'interdiction, cette demande ne pourra être formée que par le tuteur de l'interdit.

La décision sera rendue, sur simple requête, en chambre du conseil et sans délai; elle ne sera point motivée.

juge judiciaire⁵⁰, au profit des malades hospitalisés sans consentement⁵¹.

Depuis la loi de 1990⁵², toute personne hospitalisée sans son consentement pour troubles mentaux, son conjoint, un parent ou son représentant légal peuvent, à tout moment, adresser une requête au JLD⁵³. Le magistrat a la possibilité, après débat contradictoire et vérifications nécessaires⁵⁴, d'ordonner en référé⁵⁵, s'il y a lieu, la sortie immédiate de la personne. Pour la première fois, le président du TGI s'est vu reconnaître la faculté de s'autosaisir à tout moment afin d'ordonner la cessation de l'hospitalisation devenue injustifiée. Cette auto-saisine amplifie considérablement le contrôle judiciaire *a posteriori*, mais demeure peu utilisée. Cette innovation de la loi de 1990 constitue un contrepoids important au pouvoir de l'administration.

Lorsqu'une personne hospitalisée forme un recours devant le juge, deux situations sont alors possibles. Soit, il est évident que la personne nécessite des soins, le JLD le décèle dès l'entretien et l'expertise n'est pas nécessaire. Soit, la situation est plus complexe, les informations délivrées au JLD, par l'intermédiaire du dossier de la personne hospitalisée, sont peu éloquentes, et l'expertise est rendue obligatoire. Le juge peut demander une expertise psychiatrique, ce qui entraîne un allongement considérable de la procédure et de la réparation des conséquences d'une hospitalisation non fondée⁵⁶.

L'hospitalisation sans consentement est une dérogation au droit commun. Elle constitue un des rares cas où la liberté d'aller et de venir peut être restreinte, sans intervention préalable du juge. Dès le milieu des années 1960, les juridictions administratives ont parfaitement pris la mesure de la nécessité d'une évolution juridique dans le sens de la protection de la liberté des malades mentaux⁵⁷.

Toute personne hospitalisée sans son consentement, peut saisir le juge administratif qui statue sur la légalité de l'acte. Le juge ne se prononce pas sur le fond, c'est-à-dire sur les motifs de l'hospitalisation, mais sur la forme. Il vérifie la légalité de l'arrêté préfectoral, municipal, le respect de la procédure et le rôle de chacun. À cette fin, il requiert la production des certificats médicaux, afin d'apprécier la légalité de l'internement. Néanmoins, il peut se heurter au respect du secret médical⁵⁸.

La requête, le jugement et les autres actes auxquels la réclamation pourrait donner lieu, seront visés pour timbre et enregistrés en débit.

Aucunes requêtes, aucunes réclamations adressées, soit à l'autorité judiciaire, soit à l'autorité administrative, ne pourront être supprimées ou retenues par les chefs d'établissements, sous les peines portées au titre III ci-après »

⁵⁰ Article L. 3211-12 CSP

⁵¹ J. -S. CAYLA, « Un aspect de la loi "Sécurité-Liberté" : La protection de la liberté des malades hospitalisés pour troubles mentaux », *RTDSS*, n° 66, avril-juin 1981, p. 243-245.

⁵² 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.

⁵³ En 1990, ce recours se faisait devant le président du tribunal de grande instance, depuis le 15 juin 2002, il se fait devant le juge des libertés et de la détention (JLD) qui peut ordonner la sortie immédiate du malade hospitalisé.

⁵⁴ Il semble que cela concerne les vérifications relatives à l'état de santé de l'intéressé et à ses conditions ultérieures de vie, de traitement et d'hébergement.

⁵⁵ L'article L. 3211-12 du Code de la santé publique prescrit au JLD de statuer en la forme des référés.

⁵⁶ Voir J.-H. STARK, *JCP G*, 29 juillet 2005, n°29, p.1394 ; CA. Douai, 1^{er} civ., 28 avril 2003, *Veuve Loyen*, Req n°0004678.

⁵⁷ J.-L. DESCHAMPS, « liberté et protection des malades mentaux : rôle du juge administratif », dans : A. PIDOLLE, C. THIRY-BOUR, « droit d'être soigné, droits des soignants », Ramon ville Saint-Ange, *éditions Eres*, 2003, p. 220.

⁵⁸ Exemple de l'affaire Prévost. En 1998, la CAA de Lyon avait jugé que si le certificat médical n'est pas joint à l'arrêté préfectoral qui n'en reproduit pas les termes, le juge doit préalablement en ordonner la communication à l'intéressé « selon des modalités respectant le secret médical » ; CAA Lyon 4 février 1998, *Prévost*, Dr. Adm., juin 1998, p. 31.

Dans sa décision de 2010, le Conseil constitutionnel ne remet pas en cause la dualité des ordres en matière d'hospitalisation sans consentement et rappelle que cette dualité a un fondement constitutionnel⁵⁹. Il constate que la compétence du juge administratif pour statuer sur la régularité de la procédure ou sur la décision administrative ayant conduit à l'hospitalisation ne limite pas la compétence du juge judiciaire. Si cette décision est, sur un plan purement juridique incontestable, elle est plus critiquable sur son opportunité. Assurément, la dualité des ordres de juridiction ne permet pas de statuer à bref délai, ni dans un délai raisonnable d'ailleurs⁶⁰. Il faut souligner que le contentieux de l'hospitalisation sans consentement peut être, à la différence du contentieux des étrangers⁶¹, « *unifié sans qu'il soit pour cela nécessaire de modifier la Constitution* »⁶².

Les juges de Strasbourg ont, de nouveau, condamné la France, dans une décision du 18 novembre 2010⁶³. Cet arrêt ne sanctionne pas la France sur son système d'hospitalisation sans consentement de manière directe, mais soulève les contradictions possibles dans certains cas d'hospitalisation, et la difficile répartition de compétences entre juge judiciaire et juge administratif.

Toutefois, le Conseil constitutionnel ne ferme pas la porte à l'unification du contentieux. Les sages rappellent qu'il appartient au législateur de modifier cet état de fait, s'il l'estime nécessaire pour une « bonne administration de la justice ».

Les partisans de cette unification vont certainement voir leurs vœux exaucés par le nouveau projet de loi. Les sénateurs, plus audacieux que le Conseil, ont prévu l'unification du contentieux, mettant fin à l'éclatement entre juridictions judiciaire et administrative. Cette unification se fera par la création d'un bloc de compétences judiciaires au profit du JLD. Le sénateur Cointat a déclaré le vendredi 13 mai 2011, lors des débats au Sénat, que cette unification allait permettre de « *mettre fin à une situation complexe dans la mesure où le patient souffrant de troubles mentaux ne peut qu'être dérouté par la dualité des juridictions* ». En effet, cette situation était intenable pour les patients qui devaient choisir l'ordre juridictionnel en fonction des moyens qu'ils entendaient invoquer. Les sénateurs ont voté

⁵⁹ Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, cons 15 et 16.

⁶⁰ CEDH., 27 février 2001, *Donnadieu c/ France*, Req n° 39066/97, « *La Cour constate qu'en ce qui concerne la procédure devant les juridictions civiles la période à considérer a débuté le 30 juin 1995, date à laquelle le requérant assigna le Trésor public et l'hôpital de Montpellier devant le tribunal de grande instance.*

La Cour constate d'emblée que la procédure a, au jour de l'adoption du présent arrêt, duré plus de 5 ans et 6 mois devant le tribunal civil, ce qui semble a priori trop long pour une seule instance.

Dans la mesure où, à partir du jugement avant dire droit du 6 janvier 1997, l'issue du volet civil de l'affaire dépend de la procédure administrative, cette dernière doit également être prise en considération par la Cour.

Or, la Cour constate qu'alors que le requérant sollicita en date du 29 juillet 1997 la fixation de l'affaire, une audience n'eut lieu devant le tribunal administratif qu'en date du 10 novembre 1998 bien que l'affaire fût en état depuis le 28 septembre 1995. Devant la cour administrative, le requérant déposa un mémoire en date du 21 juillet 2000 et il semble qu'à l'heure actuelle, soit après plus de 6 mois, les juges n'aient toujours pas tranché. La Cour note qu'à ce jour, la procédure administrative a d'ores et déjà duré globalement 6 ans et 8 mois.

La Cour estime que, même si la procédure litigieuse a soulevé différentes questions à résoudre, ces problèmes ne sauraient cependant être considérés comme complexes en droit et en fait. Par ailleurs, on ne saurait imputer un retard particulier au requérant

Eu égard à ce qui précède, la Cour estime qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 6 § 1 de la Convention », cons 27 à 32.

⁶¹ Cons. const., décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 20 et 26.

⁶² Voir, dans le rapport n° 387 (2007-2008) de M. Jean-Jacques HYEST, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 juin 2008, le commentaire de l'article 11, <http://www.senat.fr/rap/107-387/107-387.html>.

⁶³ CEDH, 18 novembre 2010, *Baudouin c/ France*, Req n° 35935/03.

l'entrée en vigueur de l'unification du contentieux au 1^{er} janvier 2013, afin de laisser le temps aux juges judiciaires d'être formés.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a donné toute latitude au législateur de conserver ou modifier la dualité de contentieux en matière d'hospitalisation sans consentement, ce qui a eu pour conséquence l'unification de ce contentieux complexe. Malheureusement, l'intervention du Conseil en matière de refus de soins n'aura pas eu les mêmes répercussions.

B) Le consentement aux soins, une liberté fondamentale reconnue par le Conseil d'Etat et écartée par le Conseil constitutionnel

Le nouveau projet de loi, désormais intitulé « *droits, protection et prise en charge des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques auxquels elles ne sont pas à même de consentir du fait de leurs troubles mentaux* », a trois impératifs. Tout d'abord, protéger la santé du malade, ce qui impose de lui donner les meilleurs soins possibles pour améliorer sa santé. Puis, limiter les libertés individuelles des personnes dans des proportions strictement nécessaires. Enfin, protéger la sécurité des personnes et l'ordre public, parfois menacés par le comportement de certains malades. Pour atteindre ces objectifs, le gouvernement a mis en œuvre de nouvelles mesures.

Si la nouvelle loi 2011 est adoptée, l'hospitalisation sans consentement, de droit commun, pourra prendre la forme d'une hospitalisation à temps complet (« *prise en charge dans les unités d'hospitalisation temps plein* »), mais aussi une autre forme de prise en charge, les soins contraints ambulatoires (« *prise en charge dans des unités alternatives à l'hospitalisation temps plein, des lieux de consultations, des lieux d'activités thérapeutiques et dans le lieu de vie habituel du patient* »).

Contre l'avis du gouvernement, les sénateurs ont octroyé au JLD la possibilité de transformer hospitalisations sans consentement en soins contraints ambulatoires. La transformation du type de soins pourra se faire dans le cadre systématique du JLD (à quinze jours et tous les six mois), ou lors du recours individuel du patient. Il faut souligner que cette possibilité offerte au juge n'avait pas été retenue en 1990. La compétence du juge judiciaire était limitée au prononcé de la « sortie immédiate » de la personne intéressée. Certains tribunaux avaient pu penser, à tort, que dans la mesure où le Président du TGI avait la possibilité d'aller jusqu'à ordonner la sortie immédiate du patient, il pouvait décider du mode de placement ou des aménagements à apporter à l'hospitalisation (les sorties d'essai, par exemple). De telles décisions s'analysaient, soit en une appréciation d'une mesure d'ordre médical, soit en une ingérence dans la mesure de police administrative, qui n'entrent pas dans les pouvoirs des juridictions judiciaires.

Fort heureusement, le projet de loi actuel précise que la mise en œuvre et la définition des soins reviendra au médecin. En cas de passage en soins ambulatoires, la décision prendra effet dans un délai de 24 heures, afin qu'un programme de soins soit établi pour le suivi ambulatoire sans consentement. La disposition initiale, votée par l'Assemblée nationale, prévoyait un délai de 48 heures. Ce délai sera écarté, Monsieur Jean-René Lecerf ayant souligné, très justement, qu'il risquerait d'être déclaré inconstitutionnel.

Le projet de loi ajoute que le psychiatre peut demander la levée de l'hospitalisation, le directeur de l'hôpital devra alors transmettre le certificat dans les 24 heures au préfet, qui devra statuer dans les trois jours. Les sénateurs ont confirmé la saisine automatique du JLD quand le préfet refusera une levée d'hospitalisation demandée par le psychiatre (disposition introduite par les députés en première lecture), ou lorsque le préfet ne respecte pas ces échéances.

Cette saisine automatique du JLD est le reflet d'un glissement progressif vers une judiciarisation de plus en plus poussée.

Toutes ces dispositions relatives aux différents délais découlent directement de la réserve émise par le Conseil constitutionnel, relative au respect d'un délai bref en matière de privation de liberté.

« *La Constitution implique-t-elle de prévoir que la personne hospitalisée peut néanmoins refuser tout soin et être ainsi maintenue en état de privation de liberté sans être soignée ?* » Telle est la question posée dans le n°30 des cahiers du Conseil constitutionnel. Le Conseil retient « *le législateur a estimé qu'une personne atteinte de troubles mentaux qui, soit rendent impossible son consentement, alors que son état impose une surveillance constante en milieu hospitalier, soit font que cette personne compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, ne peut s'opposer aux soins médicaux que ces troubles requièrent ; qu'en tout état de cause, les garanties encadrant l'hospitalisation sans consentement permettent que l'avis de la personne sur son traitement soit pris en considération ; que, dans ces conditions, en adoptant les dispositions déferées, le législateur a pris des mesures assurant, entre la protection de la santé et la protection de l'ordre public, d'une part, et la liberté personnelle, protégée par l'article 2 de la Déclaration de 1789, d'autre part, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée* ». Par ce considérant, le Conseil constitutionnalise l'assimilation entre contrainte de l'hospitalisation et contrainte des soins⁶⁴. On observe également que le Conseil constitutionnel, à la différence du Conseil d'Etat, ne souhaite pas réellement se prononcer sur l'épineuse question des soins sans consentement ou contraints. Le Conseil d'Etat a plusieurs fois refusé de condamner des médecins qui n'avaient pas pu respecter la volonté de leur patient. Néanmoins, il a jugé, par une ordonnance en référé-liberté de 2002⁶⁵, « *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* ».

L'article 3 de la loi du 22 avril 2005 sur la fin de vie, dite « loi Léonetti »⁶⁶, met en relief l'autonomie du patient. Cette disposition trouve son fondement dans la relation soigné/soignant. Le consentement aux soins est la base d'un colloque singulier qui trouve sa source dans une relation de confiance. Il est indéniable que la compliance au traitement fait partie intégrante du soin et permet son efficacité. Dans le domaine de la psychiatrie, bien plus encore que dans les autres disciplines de l'art médical, l'acceptation des soins fait partie intégrante de la thérapeutique. Le psychiatre qui arrive à faire consentir aux soins une personne qui y est réfractaire a déjà réalisé un acte thérapeutique. Or, le droit au refus des soins n'est pas clairement défini pour les patients hospitalisés sans leur consentement. Le traitement des patients hospitalisés varie donc en fonction des services psychiatriques où ils sont pris en charge. Il est regrettable que le Conseil constitutionnel n'ait pas souhaité dissiper ce flou législatif. En effet, le consentement aux soins est souvent relié aux principes d'autonomie de la personne, du respect de la liberté individuelle, de la dignité de la personne humaine et de l'inviolabilité du corps humain.

Cette vision lacunaire des pathologies mentales fait oublier qu'une personne souffrant de troubles psychiatriques n'est pas perpétuellement sous l'emprise de ces troubles. Nombre de patients hospitalisés sans leur consentement refusent tout traitement à leur arrivée, puis

⁶⁴ C. CASTAING, « Quand les "sages" veillent sur les "fous" », *les petites affiches*, n° 255, 23 décembre 2010, p. 3.

⁶⁵ CE, ord. 16 août 2002, n° 249552, V. Feuillatey et I. Feuillatey.

⁶⁶ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, article 3 « *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.* »

acceptent l'utilité et le bien-fondé de celui-ci quelques heures plus tard. Hormis ces considérations purement médicales, il est inquiétant de voir l'hospitalisation sans consentement devenir synonyme d'une présomption de consentement à tous actes ou traitements pouvant être réalisés durant la prise en charge hospitalière⁶⁷.

Quoi qu'il en soit, la décision du Conseil constitutionnel, en ne donnant pas un fondement constitutionnel au droit de consentir aux soins, a permis la mise en place d'un nouveau type de soins contraints. Le projet de loi, en cours d'adoption, instaure le recours à des soins ambulatoires contraints. Ils se feront en dehors des établissements dédiés à la prise en charge des patients psychiatriques. Lorsque le patient ne respectera pas son obligation de soin en « hospitalisation en ambulatoire », il sera hospitalisé sans son consentement « à l'hôpital ». La loi de 1990 permettait de limiter la liberté d'aller et venir des personnes hospitalisées, lorsque cela était nécessaire, mais il était toujours loisible aux patients de refuser des soins. La nouvelle loi, plus respectueuse de la liberté d'aller et venir, instaure une contrainte aux soins. En effet, même si cela est regrettable, le projet de loi officialise le recours à la contrainte en matière de soins. La présidente de la fédération nationale des associations de patients psychiatriques, Claude Sinkelstein, a annoncé le 27 mai dernier, que la fédération envisage de saisir la Cour européenne des droits de l'Homme.

En principe, le Conseil constitutionnel, ayant déjà tranché cette question lors de la QPC du 26 novembre 2010, ne pourra plus se prononcer sur celle-ci, du moins pour l'HDT, sauf « *changement de circonstances* ». Toutefois, ce changement va certainement avoir lieu avec la probable adoption du projet de loi étudié actuellement.

Une autre disposition du projet de loi risque d'être contestée. Le projet retient que les personnes susceptibles « *d'actes graves de violence* » sont divisées en deux catégories. Les personnes déclarées pénalement irresponsables, qui se trouvent en HO judiciaire et les personnes hospitalisées en unités pour malades difficiles (UMD), qui sont en HO simple. La nouvelle loi prévoit des dispositions spécifiques à ces deux types de patients, notamment sur la levée d'HO⁶⁸. Si on comprend bien l'opportunité de renforcer la procédure de cessation d'hospitalisation pour les patients en HO judiciaire, on peut cependant, émettre des réserves quant à cette aggravation pour les patients en HO simple en UMD. En effet, les UMD sont des unités d'hospitalisation pour des patients présentant un état dangereux, néanmoins, ces patients n'ont pas tous commis d'infractions et n'ont donc pas tous été déclarés pénalement irresponsables. La nouvelle loi ne retient pas de différence entre ces deux catégories de personnes. Pourtant, appliquer le même régime à deux types de patients distincts relève d'un amalgame, entre les personnes souffrants de troubles mentaux ayant commis des infractions et les personnes souffrant de troubles mentaux, mais qui n'ont jamais eu affaire à la justice. Il convient ici de saluer une initiative des députés qui ont souhaité la mise en place d'un « droit à l'oubli » (après la fin de l'hospitalisation en UMD ou pour irresponsabilité pénale) afin que les antécédents ne soient plus pris en compte au-delà d'un certain délai, fixé à dix ans par les sénateurs en première lecture.

De façon générale, cette procédure renforcée a une vocation purement sécuritaire. Il convient alors de rappeler qu'un français sur cinq souffrira au cours de sa vie de troubles mentaux. Le 10 mai 2011, le sénateur Guy Fischer, reprenait le rapport de l'IGAS de 2005,

⁶⁷ Le rapport Strohl de septembre 1997, réalisé dans le cadre de l'évaluation de la loi du 27 juin 1990, va dans le même sens, Rapport du groupe national du groupe national d'évaluation de la loi du 27 juin 1990, Code de mission SA/AC/GT/950013, Rapport n° 97081 Septembre 1997.

⁶⁸ Le préfet devra avoir recours à un collègue de soignants et à deux avis concordants de psychiatres sur l'état mental du patient pour pouvoir demander leur sortie. Les modalités d'application de ces dispositions ne sont pas encore réellement définies, mais il est certain que la levée d'HO ne sera pas aisée.

précisant que 2,7% des actes violents sont commis par des personnes souffrants de troubles psychiatriques. Ces personnes sont 12 fois plus victimes d'agressions physiques, 130 fois plus victimes de vols et ont 25 ans d'espérance de vie en moins que leurs concitoyens. Ces chiffres interpellent sur le bien-fondé de notre peur panique des « fous ».