

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL « GARDE-FOUS » : RETOUR SUR LA PREMIÈRE QPC CONCERNANT LA LOI DU 5 JUILLET 2011

Caroline MANDY

Docteure en droit, chercheuse associée au laboratoire Droit et Changement Social (UMR 6297),
Université de Nantes

La loi du 5 juillet 2011 est fille de deux éléments antagonistes : d'un côté, le discours sécuritaire d'Antony du 2 décembre 2008, de l'autre, la QPC du 26 novembre 2010. Le premier prône le resserrement de la surveillance des personnes atteintes de troubles psychiatriques et particulièrement de leur sortie, temporaire ou définitive, des établissements de soins ; l'esprit du discours pose le malade psychiatrique comme un « danger potentiel » dont la société doit se préserver. La seconde précise les exigences constitutionnelles à respecter en matière de soins psychiatriques sous contrainte et déclare inconstitutionnelle la procédure d'hospitalisation sur demande d'un tiers (HDT) en ce qu'elle ne prévoit pas de contrôle par le juge judiciaire de la nécessité de la privation de liberté exercée par le corps médical sur le patient dans un délai de quinze jours. *Ultimatum* est alors donné au Gouvernement pour réformer l'état du droit en la matière avant le 1er août 2011. C'est donc dans ce climat d'urgence et avec cette arrière-pensée sécuritaire que Gouvernement et Parlement ont dû forger un nouveau texte plus respectueux des libertés de la personne atteinte de troubles psychiques. Une urgence bienvenue puisque, enfin, la révision de la loi de 1990, quémandée depuis plus de quinze ans par tous les acteurs du monde de la psychiatrie, est obtenue ; mais une urgence à l'origine d'un texte source d'insatisfaction unanime.

C'est ainsi que, sitôt les décrets d'application de la loi parus, le Cercle de Réflexion et de Proposition d'Actions sur la psychiatrie (CRPA) a pris prétexte de ses deux recours pour excès de pouvoir demandant l'annulation complète de ces textes devant le Conseil d'Etat pour présenter deux QPC. Le CRPA dénonçait plus d'une dizaine de dispositions législatives concernant les modalités de mise en œuvre des soins sous contrainte (SSC) et les droits des patients concernés ; le Conseil d'Etat a considéré comme sérieuses trois des questions soulevées.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a eu à juger de la constitutionnalité des articles L. 3211-2-1, L. 3211-12 en son paragraphe II, L. 3211-12-1 pour le 3° de son paragraphe I et L. 3213-8 du code de la Santé publique (CSP). Il s'est dès lors posé trois questions : en quoi les modes de SSC alternatifs à l'hospitalisation complète diffèrent-ils de cette dernière et cette différence justifie-t-elle des modalités de contrôle de la mesure par le juge des libertés et de la détention (JLD) moins contraignantes ? Le délai de six mois fixé pour le réexamen obligatoire et systématique par le JLD de toute mesure d'hospitalisation complète suite à une décision de sa part entérinant le placement est-il excessif au regard de l'article 66 de la Constitution ? Enfin, les critères fondant les modalités de mise en œuvre de la mainlevée des mesures de SSC pour les personnes ayant fait l'objet, dans les dix années précédant la mesure de soins à la demande du représentant de l'Etat (SDRE) en cours, d'une SDRE sur le fondement des articles 706-135 CP ou L. 3213-7 CSP ou ayant séjourné plus d'un an continu en unité pour malades difficiles (UMD) sont-ils suffisamment rationnels et objectifs pour justifier l'instauration d'une différence de traitement entre ces personnes et celles relevant des modalités de SSC de droit commun ?

Le Conseil a validé les dispositions concernant le contrôle moins rigoureux du régime de soins alternatif à l'hospitalisation complète ainsi que celle posant un réexamen périodique systématique des mesures d'hospitalisation complète par le JLD tous les six mois au-delà de sa première saisine. Il n'a par contre pas entériné la différence de traitement instaurée par les articles L. 3211-12 en son paragraphe II et L. 3213-8 CSP en matière de mainlevée des mesures de SSC, considérant que, dans les deux cas, les garanties légales entourant la mise en œuvre de ces critères étaient insuffisantes.

Les QPC concernant la psychiatrie donnent toute leur saveur à la mission fondamentale des Sages de la rue de Montpensier, celle de garde-fous contre les dérives législatives : le protecteur des libertés constitutionnelles ne doit négliger aucun public, et surtout pas celui fragilisé des personnes atteintes de troubles psychiques ; mais il se doit également, dans ce cadre, de prendre en compte d'autres paramètres. La discussion peut alors s'engager sur l'équilibre privilégié. Toute en ambiguïté, sa position dans sa décision du 20 avril offre *de facto* au terme « garde-fous » deux acceptions aux colorations antagonistes... Garde-fous ...ou garde- « fous » ? Le juge constitutionnel fait en effet montre dans cette décision d'une profonde abstraction juridique, apparaissant réellement comme interprétant le droit du haut de sa tour d'ivoire. Malgré le caractère nécessairement objectif de son contrôle, on aurait pu espérer de sa part un peu plus de réalisme juridique, l'audace n'étant pas en manque dans d'autres décisions de son cru ; on aurait pu attendre un peu plus de clarté dans ses raisonnements aussi. Pourtant, cette posture et ses conséquences, toutes décevantes qu'elle puissent apparaître de prime abord, ne sont peut-être pas aussi tranchées qu'elles le semblent. Le gardien de la Constitution, par ce qui sonne comme une réserve d'interprétation cachée, y avertit les praticiens de la psychiatrie et du droit de la juste interprétation à donner aux soins alternatifs à l'hospitalisation complète, indiquant clairement la limite posée aux possibilités de contraintes dans cette seconde forme de soins offerte aujourd'hui par la loi du 5 juillet. Il a également nettement indiqué les lacunes de la partie législative concernant la prise en charge en UMD, son incitation en direction du législateur à remédier à la situation étant explicite sur ce sujet.

De nombreux commentaires se sont arrêtés sur le point le plus visible de la décision : les bornes posées par le Conseil au volet sécuritaire du texte, en censurant la moitié des articles qui lui étaient soumis, et son appel, de manière induite, à réformer au moins un article non déféré¹. Quant à la validation du réexamen de la situation des patients en hospitalisation complète par le JLD, elle exige à l'inverse peu de développements : la balance entre, d'un côté, l'intérêt général assis sur l'objectif constitutionnel de « bonne administration de la justice », et, de l'autre, l'intérêt particulier des patients concernant une mesure déjà contrôlée par le juge judiciaire et pouvant, entre temps, être à tout moment, révérifiée par le même JLD sur saisine facultative, apparaît équilibrée². C'est donc pour notre part seulement sur sa position concernant le contrôle judiciaire de la situation des patients en programme de soins que nous allons nous focaliser : le gardien de la Constitution dresse par ce biais de premiers garde-fous et lignes de conduite concernant les différents régimes de SSC et leurs particularités ; des indications dont il faut tirer les conséquences...et les inconséquences ! C'est toute une logique du traitement psychiatrique, revendiquée lors de l'élaboration de la nouvelle

1 Cf. notamment R. GRAND, « Censure des modalités d'hospitalisation d'office des irresponsables pénaux », *AJDA*, 2012, p. 855 ; C. CASTAING, « Première censure de la loi du 5 juillet 2011...le législateur n'est pas quitte ! », *Droit administratif*, 2012, n° 6, comm. 61 ; 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*, n° 26, 2012, 2230 ; A. CERF-HOLLENDER, « Inconstitutionnalité partielle de l'hospitalisation sous contrainte des personnes pénalement irresponsables ou placées en UMD », *L'essentiel droit de la famille et des personnes*, 15/6/2012, n°6, p. 6

2 On se reportera, pour les quelques précisions supplémentaires sur ce passage de la décision, au commentaire de C. CASTAING « Première censure de la loi du 5 juillet 2011...le législateur n'est pas quitte ! », *op.cit.*

législation, qui se dessine fermement dans cette décision. Le Conseil y expose tous les impacts découlant de la volonté de différenciation des régimes de soins, donnant sa véritable cohérence au système en insistant sur les gradations dans la contrainte, fixées désormais par le droit et liées à une adaptation des modalités de soins à l'état évolutif du patient.

Deux éléments significatifs de cette hiérarchisation des formes de prise en charge, - hiérarchisation basée sur le critère de la contrainte-, émergent de ce tableau. Ils sont situés sur deux plans différents : le recueil d'avis du patient devient une pièce de ce puzzle juridique, élément de la définition plus libérale³ des soins sans consentement tels qu'ils doivent être entendus aux termes du 2° de l'article L. 3211-2-1 CSP (II) ; la différenciation des modalités de contrôle de la mesure de SSC par le juge judiciaire est plutôt, quant à elle, une conséquence directe de cette logique de hiérarchisation, le Conseil validant une adaptation au plus juste de ces modalités au cadre de la contrainte que subit la personne en SSC (I). Mais dans les deux cas, le Conseil constitutionnel érige comme seul point d'appui à sa décision un droit théorique et virtuel, celui qu'il souhaiterait voir mis en œuvre dans des termes qu'il pose comme des évidences, au détriment d'un droit vécu, celui réellement appliqué. C'est pourtant dans la distance séparant l'un de l'autre que se mesure la véritable effectivité du droit, cette dernière n'ayant de sens que si elle s'opère dans l'esprit de la loi, sans instrumentalisation ni dérive.

I/LE SUBTIL NUANCIER DE LA CONTRAINTE POUR UN CONTRÔLE DIFFÉRENCIÉ DES MESURES DE SSC PAR LE JUGE JUDICIAIRE: DE LA COERCITION À L'OBLIGATION

La loi du 5 juillet 2011 a posé deux innovations fondamentales dans le droit des SSC français : d'une part, la création de deux régimes différenciés pour prendre en charge les personnes sous contrainte en ouvrant une voie assouplie à côté de la classique hospitalisation complète ; d'autre part, l'instauration d'un contrôle systématique de la mesure d'hospitalisation sous contrainte (HSC) par le juge judiciaire dans les quinze jours après l'admission. Mais ce contrôle systématique ne concerne que les mesures d'hospitalisation complète se prolongeant au-delà de quinze jours. Ainsi, si ces deux changements dans le droit de l'HSC peuvent être qualifiés de révolution juridique, leur mise en œuvre habilement conjuguée peut enfanter indirectement l'anéantissement de leurs bienfaits : en effet, leur rapprochement peut ouvrir sur des dérives permettant le contournement de l'apport recherché de chacun d'eux, à savoir un système de garantie renforcé pour les soins sans consentement les plus attentatoires aux libertés des patients.

Il y a eu dès l'origine incompréhension, notamment dans le milieu soignant, sur l'intérêt de ces nouvelles modalités de contrôle des mesures de soins par le juge. En effet, l'objectif du législateur était moins le contrôle du travail des médecins que le fait qu'ils touchent directement, par ce biais, une des libertés les plus cruciales de l'individu et qu'il paraît peu supportable, dans une société libérale, de laisser une telle possibilité d'emprise à la merci d'un simple être humain, avec ses failles. L'erreur est humaine et la médecine une science inexacte...⁴ Or, les psychiatres ont souvent ressenti ce contrôle comme une disqualification, par un oeil extérieur au champ médical, de leur expertise et de la qualité de leur appréciation là où auparavant, ils opéraient en toute liberté. Ce sentiment ajouté au manque de moyens qu'exigeait une mise en oeuvre satisfaisante de cette loi a pu servir d'argument à un rejet en force de ces nouvelles dispositions législatives. Le corps soignant s'est senti particulièrement légitime à contourner ces dispositions législatives par deux biais tout offerts : ou bien jouer sur la conjonction entre d'une part, un contrôle systématique du juge sur les seules mesures d'hospitalisation complète et d'autre part, la possibilité de faire considérer le patient en

3 Dans l'ensemble de cette note de jurisprudence, l'adjectif « libéral » doit être entendu au sens juridique, et non économique, du terme.

4 D'ailleurs, la flèche a atteint sa cible : comme les praticiens le reconnaissent eux-mêmes, avoir instauré un tel système de contrôle les amène à être plus attentifs aux mesures qu'ils prennent.

« programme de soins », -c'est-à-dire la mesure alternative à l'hospitalisation complète-, dès qu'il peut bénéficier d'un temps, aussi minime qu'il soit, de sortie régulière ; ou bien jouer sur la durée du temps d'hospitalisation complète continue exigé pour ouvrir au contrôle systématique de la mesure par le JLD, en faisant sortir le patient la veille de l'audience et en reprenant une nouvelle mesure d'hospitalisation complète dès le lendemain. Le jonglage reste aisé puisque pour ce faire, il suffit au psychiatre traitant de modifier la forme de la prise en charge du patient, opération qui s'opère sans contrôle, sur sa propre appréciation discrétionnaire⁵.

Pourtant, le Conseil constitutionnel a refusé de tenir compte de cette réalité de la pratique quotidienne et de cette instrumentalisation des dispositions législatives et a validé l'article L. 3211-2-1 CSP ; l'argument du manque de clarté législative de ces dispositions, a été évincé de la décision finale. Par contre, il faut reconnaître au juge constitutionnel un discours très normateur dans son exposé de son interprétation des dispositions litigieuses ; suivant le raisonnement du Gouvernement, il a rappelé le sens profond que voulait avoir l'article L. 3211-2-1 CSP, les régimes différenciés qu'il fondait et dès lors, la justification du contrôle différencié s'opérant. Si ce positionnement lui permet tout de même de remédier à l'imprécision sémantique laissée par la loi autour du contenu des deux formes de prise en charge qu'elle met en place, ce recadrage n'est que partiel et laisse encore quelques obscurités planer au-dessus de la forme des soins pouvant être mis en place dans le cadre du « programme de soins » (A). Cependant, c'est surtout concernant les garanties judiciaires entourant ces différents régimes que la position du Conseil peut paraître la plus discutable, car trop théorique et manquant de réalisme (B).

A/ L'imprécision sur le contenu de chaque régime de SSC, une lacune partiellement corrigée par le Conseil constitutionnel

Sur le plan théorique, la position du juge constitutionnel est irrécusable et heureuse. La distinction sciemment opérée entre deux modalités de prise en charge de la personne en SSC n'a de sens que si elle entraîne deux régimes juridiques de prise en charge bien différenciés. Au premier, à savoir l'hospitalisation complète, et à lui seul, le régime de contrainte coercitif, pouvant ouvrir sur l'administration de force de médicaments, le placement en Chambre de Soins Intensifs (CSI) et toutes les autres mesures empiétant lourdement sur la liberté de l'individu⁶. Au second un régime de prise en charge toujours obligatoire, mais plus léger car ne permettant pas aux soignants de procéder à de tels actes de contrainte physique. Ce second régime protège finalement le patient contre ces atteintes violentes à ses libertés, qui doivent rester le régime d'exception dans le seul cadre du 1° de L. 3211-2-1 CSP.

Le raisonnement du Conseil pour aboutir à cette conclusion ne s'appuie pas sur les seuls travaux parlementaires et sur un retour à l'esprit de la loi. Il argumente plus concrètement sur le texte même de l'article, en relevant la mention de possibilité de séjours en hôpital dans les deux régimes. Seule une interprétation telle que la sienne, imposant deux régimes bien différenciés et donc deux types d'hospitalisation à vocation et à régime différents, peuvent expliquer cette double présence de l'hospitalisation comme modalité de soins et que cela ait du sens. Il assure encore son interprétation en rappelant qu'une disposition spécifique, figurant à l'article L. 3211-11 CSP et précisée au R. 3211-1 III CSP, décrit la modalité particulière de basculement du régime de programme de soins vers celui de l'hospitalisation complète dès que le psychiatre suivant un patient en programme de soins constate la nécessité de le réhospitaliser sous le régime de l'hospitalisation

⁵ Cf. article L. 3211-11 CSP

⁶ La décision du 20 avril 2012 permet ainsi au Conseil constitutionnel de préciser sa position concernant l'administration forcée de traitements. Il avait reconnu, dans sa décision du 26 novembre 2010, la possibilité pour les soignants d'administrer de force des médicaments aux patients placés en hospitalisation sous contrainte. On découvre ici que ce type de pratique coercitive très attentatoire à la liberté individuelle de la personne, et même à son intégrité, ne peut être effectuée que dans le cadre très précis de l'hospitalisation complète.

complète ; cette disposition aurait peu de sens si on ne posait pas en postulat que l'hospitalisation du 2° de L. 3211-2-1 est une hospitalisation éventuellement obligatoire mais dans tous les cas non coercitive et qu'il y a bien différence de régime, et des implications différentes sur le type de soins pouvant être administrés dans les deux cas.

Mais derrière cette analyse, logique juridiquement, de la loi, le Considérant n°12 sonne également comme une réserve d'interprétation implicite ayant valeur d'avertissement pour les médecins quant à leur pratique et leurs prescriptions. Toute attitude soignante tendant à inséminer dans le second régime de soins, issu du 2° de l'article L. 3211-2-1 CSP, des pratiques de soins particulièrement coercitives, et notamment des conduites et des maintiens forcés à l'hôpital pour y effectuer les séjours définis dans le cadre du programme de soins, est exclue ; le régime du 1° est précisément fait pour cela, et le régime de contrôle par le JLD adapté en conséquence. A partir de là, l'obligation de soins instituée par le 2° de l'article L. 3211-2-1 CSP correspond davantage à une restriction de liberté personnelle qu'à une atteinte portée à la liberté individuelle des patients concernés, n'étant pas suffisamment intense pour avoir l'heur d'être du ressort de la seconde ; l'article 66 de la Constitution n'est donc pas remis en cause par les dispositions législatives et le juge judiciaire n'a pas à être mobilisé.

Sur un plan technique, le Conseil constitutionnel estime que cette interprétation de l'article L. 3211-2-1 CSP est la seule envisageable, découlant d'évidence de l'esprit du texte tel que voulu par le législateur ; il lui refuse donc le qualificatif officiel et explicite de « réserve d'interprétation ». Mais cette position n'ôte rien au caractère très directif et sans ambiguïté de son propos, au contraire ; et au regard de la pratique, qu'il refuse de son côté de prendre en compte, c'est bien cette valeur que la formulation du Considérant 12 doit prendre.

Ceci dit, on peut s'interroger sur la nuance servant d'assise à une telle différenciation du régime de contrôle des mesures de soins par le juge. L'un des cœurs du problème repose sur l'absence de délimitation claire et précise de ce que la loi dénomme « séjours effectués dans un établissement psychiatrique »⁷ et qui n'est pas de l'hospitalisation complète. Aucun *minimum* n'est indiqué dans les textes d'application pour préciser la définition à donner à ces séjours, le seul indice sur la durée de ces hospitalisations est qu'elle doit se différencier de l'hospitalisation complète du 1° et donc ne pas être continue 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7, – la loi indiquant en effet qu'elle doit être « une autre forme » de prise en charge que l'hospitalisation complète qui fait l'objet du 1° du même article.⁸ Dès lors, le programme de soins peut, de manière tout à fait légale, donner lieu à des régimes d'hospitalisation quasi complète, la fenêtre de sortie se résumant éventuellement à une heure hebdomadaire. Or de toute évidence, on ne peut qualifier ces modalités d'hospitalisation non-complète comme de simples restrictions de liberté. Dans son avis rendu au nom de la commission des lois du Sénat le 27 avril 2011, le Sénateur Jean-René LECERF leur reconnaît au contraire le caractère de « véritables atteintes à la liberté d'aller et de venir ». Dès lors, leur refuser le régime de privation de liberté et sa garantie attenante du contrôle systématique du JLD paraît un jeu sur les mots ne tenant pas compte des réalités vécues.⁹

7 2° de l'article L. 3211-2-1 CSP

8 C'est notamment sur ce point que les avocats du CRPA ont invoqué devant le Conseil le principe constitutionnel de clarté législative, qu'ils considéraient bafoué par les dispositions législatives en cause.

9 Jean-René LECERF lui-même remarquait, dans cet avis du 27 avril 2011, que la nuance entre hospitalisation complète et ce qu'il dénomme « hospitalisation partielle » pouvait être ténue et qu'il était alors justifié de proposer un contrôle systématique du juge judiciaire sur toutes les hospitalisations, mais « allégé » en ce qui concerne lesdites hospitalisations partielles. Or déjà, le sénateur LECERF faussait sensiblement le débat en qualifiant ces « séjours » du 2° de l'article L. 3211-2-1 CSP d'« hospitalisations partielles » car il fixait des bornes temporelles plus précises à ces hospitalisations, qui ménageait déjà, par définition, une certaine marge de liberté aux patients qui y sont soumis (3 modalités d'hospitalisation à temps incomplet possibles : l'hospitalisation de semaine (24h/24, 5 jours sur 7), celle de jour (1 à 5 jours par semaine, week-ends exclus) et celle de nuit (1 à 7 nuits par semaine) ; le minimum de liberté restait tout de même d'au moins 2 jours par semaine si on combine les deux maxima des hospitalisations de semaine

La question du contrôle systématique par le juge de toutes les mesures de SSC, quelle que soit leur régime peut donc demeurer légitime, contrairement à ce qu'écrivent les députés auteurs du premier rapport d'information établi au bout de six mois de mise en oeuvre¹⁰ et à ce que laisse conclure le Conseil de sa décision. La CNCDH a d'ailleurs abordé la question sans détour dans son avis du 22 mars 2012, pointant, derrière le manque de précision concernant l'étendue de la contrainte visée dans l'expression SSC, que « [c]ette lacune est d'autant plus regrettable que les soins sans consentement hors de l'hôpital présentent un risque sérieux de dérive [...] parce qu'on peut par exemple placer un malade sous ce régime pour échapper aux garanties prévues en cas d'hospitalisation complète, tout en organisant la plus grande part de sa prise en charge au sein de l'hôpital et en réduisant les sorties à la portion congrue. [...]»¹¹.

B/ Le talon d'Achille de la réforme : une différenciation d'intensité du contrôle judiciaire

Mais de toute évidence, ce sont surtout des raisons de moyens humains, financiers et logistiques qui sont la clef fondatrice de ce positionnement législatif, assurance étant prise que les principes constitutionnels étaient garantis. Or l'interprétation susvisée du Conseil constitutionnel valide ce dernier point : les patients en SSC peuvent, selon l'imaginaire du Conseil et de la loi, plus facilement trouver, dans le cadre moins contraint du programme de soins, les moyens d'accès de manière volontaire au juge, qui peut être saisi à tout moment par le patient lui-même ou par son entourage. La contrainte existant dans les SSC n'apparaît, quant à elle, pas discutée, le Conseil rappelant qu'un tel régime de prise en charge malgré la volonté de l'individu qui en est l'objet peut être nécessaire dans le cadre de la protection de l'ordre public et des personnes elles-mêmes, sachant que d'une part, la loi du 5 juillet, comme sa prédécesseure, encadre parfaitement les conditions dans lesquelles une telle mesure peut être mise en œuvre et que d'autre part, une fois encore, ces prises en charge contraignantes pour la personne qui les subit restent sous le contrôle du juge judiciaire quelque soit ensuite la modalité plus ou moins rigoureuse de ce dernier¹². Simplement, le second régime de soins, « seulement obligatoire », n'est pas suffisamment attentatoire à la liberté des patients en SSC pour justifier un contrôle automatique de la mesure. Ainsi, l'accordance entre la différence d'intensité du contrôle par le JLD des mesures et la différence de degré de contrainte instaurée entre les deux régimes de l'article L. 3211-2-1 CSP est parfaitement constitutionnelle aux yeux du Conseil ; la balance entre protection de la santé, de l'ordre public et de la liberté personnelle lui apparaît équilibrée.

et de nuit). Si, déjà dans ce cadre, il exigeait une telle protection renforcée par rapport au projet de loi, que dire de la formulation utilisée dans le 2° de l'article L. 3211-2-1, beaucoup plus floue sur le degré de liberté laissé au patient placé sous programme de soins et permettant donc des restrictions encore plus fortes des libertés laissées au patient ? (Cf. J.-R. LECERF, *Avis présenté au nom de la Commission des lois [...] 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*, Sénat, session 2010-2011, n°477, pp. 31-32)

10 Cf. S. BLISKO et G. LEFRAND répondent en effet aux dénonciations de ces pratiques par le syndicat de la magistrature que « ces informations nécessiteraient d'être plus étayées », fondant leur scepticisme sur le fait que la procédure d'admission d'un patient en SSC serait trop compliquée pour que les psychiatres se permettent de telles contournements. Ils oublient que, dans les faits, l'état du patient n'a pas changé et que dès lors, les conditions nécessaires pour légitimer l'admission restent réunies et surtout, que l'article L. 3211-11 CSP permet une réintégration du patient en hospitalisation complète sans avoir besoin de repasser par toute la procédure initiale d'admission puisqu'il suffit au psychiatre traitant d'établir un certificat médical circonstancié expliquant la nécessité de modification de la forme de prise en charge, pour la rebasculer vers l'hospitalisation complète, cette décision médicale restant ainsi à son appréciation ; aucune difficulté ne vient donc s'opposer à la nouvelle admission pour un patient dont, sur le plan clinique et au regard de la loi, les soins n'auraient pas dus être levés, *Rapport d'information*, p. 40

11 CNCDH, *Avis sur les premiers effets de la réforme des soins psychiatriques sans consentement sur les droits des malades mentaux*, adopté en Assemblée plénière le 22 mars 2012, p. 5, § 22

12 Considérant n°13

Mais lorsqu'on pose la question de l'intensité du contrôle par le juge de la mesure et du régime d'hospitalisation auquel il est nécessaire ou non de le rattacher, c'est aussi le sens et les raisons d'être de cette intensité, donc de l'automaticité du contrôle, qu'on interroge. La saisine automatique vise à empêcher tout enfermement abusif en obligeant le juge à vérifier la nécessité de cette mesure, dans l'idée qu'une personne enfermée peut être mise dans des situations rendant impossible tout contact avec l'extérieur ou bien qu'il peut y avoir conflit d'intérêt entre les personnes qui lui donnent accès à cet extérieur d'une part¹³ et les actes de contacts avec l'extérieur qu'elle veut opérer¹⁴ d'autre part. Cette définition très théorique est une vérité institutionnelle des plus classiques et a amené, suivant les logiques des sociétés libérales, à prendre des mesures visant à empêcher de telles inféodations de la personne à une institution. En l'espèce, le patient enfermé en continu n'a donc pas à aller chercher le juge, ce dernier vient à lui qu'il en connaisse l'existence ou non, qu'il souhaite le voir ou pas, sans que l'institution hospitalière et ses équipes soignantes ne puisse s'y opposer. Mais *a contrario*, le législateur est parti du principe que toute possibilité de sortie, même minime, offrait les moyens au patient de contacter le juge pour faire contrôler sa mesure et que dès lors, il ne s'aurait plus aussi nécessaire d'imposer aux parties et au JLD un contrôle systématique ; celui facultatif, pouvant être initié à tout moment par le patient ou son entourage, était suffisant. Il faut marier cette possibilité avec l'obligation d'information du patient sur ses droits figurant au b/ de l'alinéa 3 de l'article L. 3211-3 CSP qui permet au patient de connaître son droit de saisine du juge en la matière ; en théorie, le patient en programme de soins aurait ainsi un droit effectif d'accès au juge pour contester sa prise en charge.

Or la manipulation en vue de la mise en échec de la garantie peut devenir flagrante en l'espèce, puisque, dans une hypothèse de programme de soins laissant peu de fenêtres de liberté au patient, les possibilités de sortie peuvent être prévues à des moments et pour des durées rendant difficile de contacter le JLD ; l'illustration caricaturale est une autorisation de sortie d'une heure le dimanche. Reste la possibilité de saisine indirecte, l'idée étant d'avoir les moyens, en sortie, de joindre une personne habilitée à cette action¹⁵ afin qu'elle serve d'intermédiaire pour saisir le JLD ; or cet accès indirect n'est pas forcément aisé non plus pour une personne isolée ou en délicatesse avec son entourage, ce qui est loin d'être un cas d'école en psychiatrie sans consentement. La différence de contrôle ne peut donc, si on s'appuie sur la réalité de la manière dont sont mises en œuvre ces mesures, être justifiée, les conditions d'accès au JLD pour le patient en programme de soins demeurant potentiellement trop restreintes pour permettre de ne les protéger que par une saisine facultative, en tout cas dans les cas de séjours hospitaliers. Il n'aurait dès lors pas été incongru pour les juges constitutionnels de reconnaître qu'en-deça d'une certaine durée de temps de sortie non accompagnée, les séjours dans un établissement psychiatrique possibles dans le cadre du programme de soins doivent être soumis à un régime de contrôle par le juge judiciaire similaire à celui instauré pour les séjours du 1° de L. 3211-2-1. La déclaration d'inconstitutionnalité n'aurait été que partielle mais réaliste et aurait permis de mettre un terme à l'instrumentalisation du droit dont est l'objet le 2° du L. 3211-2-1, et ce tout en restant dans le contrôle objectif : ce sont bien les garanties exigées de l'article 66 de la Constitution qui auraient pu motiver, de façon légitime, un tel redressement normatif.¹⁶

13 Soit, en premier lieu, le personnel soignant.

14 Tels que la saisine d'une autorité de contrôle ou que la transmission d'une plainte à ces autorités.

15 Aux termes de l'art. L. 3211-12 CSP, il peut s'agir des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur si la personne est mineure, de la personne chargée de la protection d'un majeur placé en tutelle ou curatelle, du conjoint, concubin ou personne avec laquelle l'intéressé(e) a contracté un PACS le cas échéant, « la personne qui a formulé la demande de soins », « un parent ou une personne susceptible d'agir dans l'intérêt de la personne faisant l'objet des soins », le procureur de la République.

16 Il est vrai également qu'il n'est pas tenu compte, dans toutes les réflexions générées autour de la décision du Conseil

Ainsi, la protection, si elle est juridiquement et légalement existante, paraît malheureusement bien virtuelle. On retrouve la même critique à propos de l'exigence légale de recueil d'avis auprès du patient dans le cadre de la mise en place du « programme de soins ».

II/ L'AVIS DU PATIENT, UNE EXIGENCE LÉGALE THÉORIQUE

C'est sur la place que le Conseil donne à l'avis du patient dans le cadre du 2° de l'article L. 3211-2-1 CSP que la décision du Conseil se fait la plus brumeuse. La différence nette de régime semble se bâtir sur la prise en compte différente du patient dans la définition du processus de soins entre le 1° et le 2° de l'article L. 3211-2-1 CSP et tout un pan du raisonnement du Conseil constitutionnel semble reposer sur l'exigence fixée par le législateur de solliciter l'avis de l'intéressé avant de mettre en place un programme de soins, et ce en s'étant assuré que cet avis serait éclairé. En effet, pèse sur le médecin une obligation d'information sur les conséquences que pourront entraîner l'attitude du patient dans le cadre de ce programme et notamment que, s'il ne respecte pas ce contrat passé avec son psychiatre, il pourra retourner en hospitalisation complète. Telle que la présente le Conseil constitutionnel, cette sollicitation d'avis serait alors une condition nécessaire de la mise en œuvre du programme de soins.

On peut pourtant et en premier lieu, s'interroger sur l'intérêt de cette exigence spécifique dans le cadre qui intéresse le Conseil en l'espèce : en quoi cela peut-il justifier un contrôle allégé de la modalité de soins sans consentement par le JLD ? De toute évidence affleure l'idée que le patient concerné par cette mesure par définition plus libérale a forcément davantage conscience de sa situation et des comportements qu'il doit observer. Une fenêtre lui est ouverte pour discuter avec son médecin des modalités de prise en charge qui lui paraissent supportables et il serait accessible aux conditions -c'est-à-dire notamment sujétions et obligations- qu'entraînent les modalités auxquelles il acquiesce. L'idée serait donc que ce patient serait prévenu, *via* cette information obligatoire « prévue à l'article L. 3211-3 [CSP] [...] », et surtout désormais plus effective car réellement intelligible pour lui, de sa possibilité de saisine du JLD à tout moment pour faire contrôler la nécessité de sa mesure de SSC, et que maîtrise du processus lui serait rendue dans la mesure où il serait désormais suffisamment maître de ses moyens intellectuels et psychiques pour engager la démarche à son gré. Pourtant, de nombreuses questions se posent, dans la pratique, autour de ce qui sonne comme un leurre en trois dimensions : un leurre double, siégeant dans la forme de l'acte (A) ; un leurre qui se révèle également dans la nature même de cet avis, véritable fiction juridique ouvrant sur une exigence juridique inconsistante allant jusqu'à être contournée dans la pratique (B).

A/ Un leurre bipolaire dans les formes

Un leurre, d'abord, car comment contrôler la réalité du recueil d'avis et qu'il a été opéré dans les règles afin de lui assurer un sens effectif ? Il ne s'agit pas que le médecin ait seulement, et de

constitutionnel ici étudiée, de l'action de la CDSP. Cette instance, certes administrative donc ne possédant pas toutes les garanties d'indépendance propres au juge judiciaire, a tout de même parmi ses missions, l'examen obligatoire de la situation de toute personne en SSC « [...] dont les soins se prolongent au-delà d'une durée d'un an » (art. L. 3223-1 CSP, 3°, b). La généralité de la formule indique bien que les personnes sous programme de soins sont autant concernées par cette examen que celle en hospitalisation complète. La loi instaure ainsi un léger garde-fou, dans la mesure où la CDSP est habilitée à saisir le JLD pour lui proposer « la levée de la mesure de soins psychiatriques dont [une] personne fait l'objet » dès lors qu'elle ne la considère plus justifiée (art. L. 3223-1 CSP, 7°). Ceci dit, il est certain que le fonctionnement de ces commissions est suffisamment déficient pour des raisons principalement d'ordre matériel et empêche, si l'on veut rester dans une optique réaliste et effective, de s'appuyer de manière inconditionnelle sur ces structures (cf. sur ce sujet notamment C. MANDY, *La prison et l'hôpital psychiatrique du XVIIIe au XXIe siècle : institutions totalitaires ou services publics ?*, thèse de doctorat de droit public, Université de Nantes, 2011, [en ligne], site Archive du Service Commun de la Documentation de l'Université de Nantes, <http://archive.bu.univ-nantes.fr/pollux/show.action?id=b6ed5aa1-d508-489a-bb04-916d7b6b8748> , pp.259-261).

manière unilatérale, une « case à cocher » sur un formulaire de contrôle de qualité de sa pratique, signifiant qu'il a bien accompli la formalité. La démarche d'information nécessaire est pourtant laissée à la charge discrétionnaire du psychiatre et à sa seule appréciation quant à sa manière de présenter les choses. L'exigence légale de recueil d'avis joue donc, déjà là, sur la fiction juridique puisqu'elle reste purement déclaratoire pour le psychiatre, sans même que le patient n'ait à intervenir : l'article réglementaire demande simplement que « [I]a mention de cet entretien [, au cours duquel le psychiatre recueille l'avis du patient, notamment sur le programme qu'il propose ou ses modifications, afin de lui permettre de faire valoir ses observations,] [soit] portée sur le programme de soins et au dossier médical du patient »¹⁷.

Un leurre par extension, ensuite, car touchant plus directement l'obligation d'information du patient : cette dernière doit être exécutée dans les conditions posées à l'article L. 3211-3 CSP. Or cet article pose lui-même des bornes lâches à cette obligation pour les soignants puisqu'elle s'opère « [...] dans la mesure où [l'] état [de la personne] le permet », cette évaluation se faisant à l'appréciation discrétionnaire du personnel soignant et en l'occurrence, du psychiatre traitant. Cela peut jouer autant sur un plan qualitatif que quantitatif, c'est-à-dire sur l'existence ou non d'information et sur le contenu plus ou moins précis et étendu de cette dernière. Si de telles réserves peuvent être compréhensibles à l'égard de personnes arrivant en état de crise et dès lors non accessibles, de prime abord, à ces démarches informatives, elles peuvent paraître déplacées voire corrompant abusivement l'obligation d'information médicale dans le cas d'une personne qui, le Gouvernement et le Conseil ont eu à cœur de le rappeler, est suffisamment apte à la réflexion rationnelle pour bénéficier d'un programme de soins et non plus d'une hospitalisation complète, et pour, le cas échéant, être en mesure de saisir le JLD par elle-même sans plus avoir besoin du soutien de la saisine automatique. Il ne s'agit bien entendu pas, ici, de requérir une information nécessairement aussi complète que dans le droit médical commun ; le paramètre de la maladie psychiatrique et les précautions propres à ce type de troubles, exigeant une adaptation particulièrement minutieuse de l'obligation d'information pour certaines pathologies, doit être pris en compte. Mais il paraît discutable, voire aporétique, de prendre excuse de ce contexte pathologique pour poser comme règle générale une possibilité de restriction identique à celle valable pour les malades psychiatriques les plus lourds, alors même qu'on reconnaît une faculté de choix aux malades relevant du 2° de l'article L. 3211-2-1 CSP en s'appuyant précisément sur l'idée qu'ils sont cliniquement aptes à ce type de décisions. Il paraîtrait cohérent que la loi pose deux régimes d'information différenciés, sans forcément pousser à outrance sa précision ; fixant le cadre minimal qui fait actuellement défaut, elle laisserait, parallèlement, une latitude d'appréciation au personnel soignant nécessaire pour adapter au plus juste le contenu de cette information à chaque cas d'espèce.

B/ L'inconsistance de fait du recueil d'avis du patient

L'interprétation présentée par le Conseil constitutionnel *via* ses Considérants n°11 et 12 s'appuie vraisemblablement sur le raisonnement du Gouvernement. Ce dernier défend la thèse que « [...] [I]es séjours [mentionnés au 2° de l'article L. 3211-2-1 CSP], qui doivent avoir été préalablement fixés dans le programme de soins, ne peuvent avoir lieu que si l'intéressé se rend volontairement à l'établissement. [...] Si de manière générale, les soins prévus sous la forme alternative présentent un caractère obligatoire, ils ne peuvent être dispensés que s'ils sont acceptés par l'intéressé. »¹⁸. Ainsi, comme on demande son avis au patient, il n'est donc plus réellement sur le champ de la contrainte. La demande d'avis est un des éléments du processus décisionnel et

17 Cf. article R. 3211-1 CSP, III

18 Cf. enregistrement de l'audience publique du 10 avril 2012, [en ligne], site du Conseil constitutionnel

devient, par extension, la marque de la liberté de choix du patient d'accepter ou non le type de prise en charge proposé par le psychiatre. Dans cette interprétation, l'avis et l'acceptation formulés se transforment dès lors en actes libératoires, faisant sortir la mesure de SSC du champ de la « contrainte coercitive ».

Cette position théorique a pourtant tout de la fiction juridique, visant principalement à valider des mesures plus attentatoires à la liberté du patient : non seulement la contrainte inhérente à la situation de SSC pèse toujours, - et éventuellement toujours sous des formes particulièrement privatives de liberté dans le cas d'hospitalisation -, mais dans cette hypothèse, on amoindrit de manière fictionnelle ce caractère contraignant, et par suite les attributs protecteurs à l'égard du patient. Or, en réalité, le patient est mis face à un choix pipé : soit il accepte le programme de soins dans les termes posés par le psychiatre, soit il reste en hospitalisation complète. Peut-on qualifier cette alternative comme une véritable liberté de choix ? Au mieux peut-on parler de liberté par défaut.

D'ailleurs, juridiquement, cet avis ne peut être un consentement et le Conseil n'opère pas explicitement ce glissement sémantique. *Quid* alors, finalement, de cette référence spéciale à cet « avis » dans son Considérant n° 11 ? Doit-on y voir une ébauche d'instauration de la logique bien connue en droit d'application des peines ? Dans cette discipline, la demande d'acquiescement du condamné est une condition dirimante à la mise en place du suivi socio-judiciaire (SSJ) avec injonction de soins par exemple, principe permettant d'ancrer la mesure dans une effectivité fondamentale pour la crédibilité de la peine prononcée. Cette exigence permet de s'assurer que l'intéressé est prêt à réellement appliquer une mesure qui exige sa collaboration active et qu'il a conscience, au moment de la mise en place de la mesure, de l'ensemble des sujétions et obligations qu'elle entraîne en apanage. L'écho avec les exigences informatives sus-évoquées de l'article L. 3211-2-1 2° CSP interpelle...

Pas de consentement légal, donc, car la personne n'est par définition pas capable de consentir, mais l'organisation de tout l'arsenal juridique permettant d'instituer un régime en appelant à une capacité diminuée ; le « consentement » devient « avis » et il est porteur du même sens que le consentement de droit commun mais sans ses conséquences juridiques. Pourtant, cette interprétation à la limite de l'aporie paraît charger d'un rôle bien lourd le simple avis requis par l'article L. 3211-2-1 2°. En effet, le sens de cette sollicitation d'avis apparaît moindre dans l'article R. 3211-1 CSP, qui vient utilement expliciter son rôle véritable : ancrée dans la logique des traitements en SSC, cette demande signifie exigence d'un dialogue entre le psychiatre traitant et le patient en « [...] *permett[ant à ce dernier] de faire valoir ses observations.* ». L'idée serait vraisemblablement plutôt d'affiner au mieux le traitement en essayant de créer une alliance thérapeutique et une compliance assurant une observance du traitement, sans forcément aller au-delà.

De plus et cependant, dans les faits, le psychiatre reste libre de ses choix et de son comportement, pouvant parfaitement refuser d'entendre son patient, que ce soit pour des raisons cliniques ou pour d'autres causes... Rappelons le caractère purement déclaratoire de l'exigence légale de recueil d'avis, qui ouvre potentiellement sur un acte fictif.

Au final, admettre cette liberté totale de prescription en faveur du médecin, ouvrant sur des conséquences juridiques de l'exigence d'avis plus réduites que ne le laissent entendre le Gouvernement et le Conseil constitutionnel, permettrait de reconnaître qu'il n'a rien de libératoire quant aux nécessaires protections du patient à maintenir en vue de lui permettre de contester la mesure de soins.

Dans la même veine de pensée, on peut pousser au-delà des réflexions menées par le Conseil : l'avis du patient peut effectivement avoir un impact dans le processus décisionnel issu du 2° de l'article L. 3211-2-1 CSP, mais en n'intervenant là encore que comme un paramètre secondaire. En

effet, la loi ne pose pas une obligation, pour le psychiatre, de faire rebasculer le régime de soins en hospitalisation complète dès la première incartade du patient par rapport au programme de soins fixé ; le médecin garde donc toute sa faculté d'appréciation, et ce n'est que s'il l'estime utile, notamment car cette « *inobservance d[u] programme [serait] susceptible d'entraîner une dégradation de son état de santé* », qu'il peut modifier le régime de soins unilatéralement pour soumettre son patient à un régime d'hospitalisation complète. C'est par ce biais, et par ricochet, que l'avis du patient peut rentrer en jeu : son inobservance du programme ne signifie pas retour automatique en hospitalisation complète et, au contraire, cette latitude d'action laissée par la loi dans ce cadre ouvre potentiellement une fenêtre de contestation et de rediscussion avec le médecin des modalités de la prise en charge.

Mais en réalité, la décision finale dépend fortement d'autres paramètres que ceux purement cliniques : de l'ouverture d'esprit du psychiatre, du nombre de places disponibles dans l'établissement au moment de la rupture thérapeutique etc. Dans tous les cas, la liberté véritable ainsi définie concerne moins le patient que le médecin et le recueil d'avis du premier ne lui garantit en rien la liberté de choix de son mode de traitement. Il paraît donc définitivement difficile d'asseoir un régime juridique de garantie allégé sur une prise en compte aussi aléatoire de cet avis.

On relèvera enfin que dans la pratique, ce recueil d'avis n'est pas toujours respecté et les patients n'ont parfois même pas conscience d'avoir changé de régime de prise en charge : ils obtiennent une possibilité de sortie d'une heure mais pour le reste, demeurent en apparence soumis au même régime d'hospitalisation. Alors que, cette modification, parfois infime en apparence, des modalités de prise en charge change tout dans le mécanisme de contrôle par le JLD et donc des garanties, il est facile de le faire passer inaperçu au patient. Si on est, dans ce cas, à la marge de la légalité, il reste aisé aux soignants de s'appuyer sur l'argument de l'état du patient, qui endiguerait les possibilités d'information de ce dernier, pour ne pas l'informer de manière utile.

Cet argumentaire n'est pas à négliger dans le cadre d'une réflexion sur la pertinence d'une disposition législative et de sa rédaction : faire abstraction des moyens trop aisés et fréquents de contourner la loi au prétexte qu'on invoque là une illégalité qui peut être contestée et condamnée devant le juge le cas échéant n'est pas une position effective sur le plan juridique, surtout dans ce type de contentieux où les personnes hospitalisées restent une population fragilisée sur le plan de l'accès au droit et où, en outre, la position médicale reste fortement protégée : les médecins utilisent aisément la parade de leur position d'expert clinique face au juge pour justifier leurs décisions et attitudes envers le patient. C'est la crédibilité de la Justice aux yeux des justiciables qui en pâtit. Il ne paraît donc pas déplacé de faire argument devant le juge constitutionnel de ces pratiques discutables sur le plan de leur légalité.

Le Conseil a ses raisons que la raison peine à connaître... La facétie de la remarque, pour une décision touchant au domaine de la folie, ne doit cependant pas masquer le caractère doux-amer du constat. On ne peut que regretter, malgré tout, que les Sages de la rue de Montpensier n'aient pas jugé bon de voir dans le programme de soins une atteinte réelle à la liberté individuelle, ce qu'elle est dans la pratique. La sécurité juridique alliée au principe de réalité auraient pu nouer une alliance durable et satisfaisante dans une exigence de clarification du droit et, encore plus sûrement, dans une exigence de contrôle par le JLD plus ample. Mais il est certain aussi qu'une sollicitation encore étendue du juge judiciaire venait s'opposer à une autre réalité, celle logistique et financière. Pourtant, ce dernier argument peut-il arrêter sur une question touchant directement aux libertés les plus essentielles de l'individu ?

Le sens de cette décision devant être acté, il reste dès lors un seul moyen de redresser l'état du droit : celui de la révision de la loi, dans le cadre d'un suivi sérieux par le législateur des textes qu'il

adopte, et ce après l'épreuve décisive de leur mise en pratique. Espérons alors, là encore, que toutes les réactions suscitées par la décision du 20 avril amèneront les Parlementaires à se détacher de la position des deux députés ayant effectué le bilan à six mois de la mise en œuvre de la loi et qui se montrent, pour leur part, bien désinvoltes, sur ce qui apparaît comme le siège d'une instrumentalisation discutable du droit de la psychiatrie.