

N° P1940039

Décision attaquée : 06 décembre 2019 de le tribunal de grande instance de Versailles

██████████

CI

le directeur du Centre Hospitalier de Saint-Germain en Laye

Rapporteur : Stéphanie Gargoulaud¹

RAPPORT

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

La question prioritaire de constitutionnalité est examinée selon le plan suivant :

1- Rappel des faits et de la procédure

2 - Conditions de renvoi au Conseil constitutionnel

2-1 Questions de recevabilité, applicabilité au litige et nature législative des dispositions

2-2 Déclaration de conformité et portée de la décision

2-3 Le caractère nouveau de la QPC

2-4 Le caractère sérieux de la QPC

3- Orientation proposée

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le 26 novembre 2019, ██████████ né le 21 Novembre 1976, a été admis en soins psychiatriques sans son consentement, sous la forme d'une hospitalisation complète, sur décision du directeur d'établissement prise en urgence et à la demande de sa mère sur le fondement des dispositions de l'article L. 3212-3 du code de la santé publique.

Le 2 décembre 2019, en application de l'article L. 3211-12-1 du code de la santé publique, le directeur d'établissement a saisi le juge des libertés et de la détention (JLD) aux fins de poursuite de la mesure.

Le procureur de la République, avisé, a fait connaître son avis favorable au maintien de la mesure.

A l'occasion de cette procédure, ██████████ a demandé au JLD de « transmettre la question de la compatibilité de l'article L. 3222-5-1 du Code de la santé publique tel qu'interprété par la Cour de cassation le 21 Novembre 2019 avec les normes

¹ Assistée des auditrices et juristes du Bureau du contentieux du droit public et du droit constitutionnel et du Bureau du contentieux de la première chambre au SDER.

constitutionnelles en vigueur et plus particulièrement l'article 66 de la Constitution en ce que ce texte ne prévoit pas de contrôle juridictionnel systématique des mesures d'isolement et de contention cas dans les établissements de santé mentale ».

Par décision du 6 décembre 2019, le JLD a transmis à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité ainsi reformulée :

« Les dispositions de l'article L.3222-5-1 du code de la santé publique, telles qu'interprétées par la Cour de cassation dans son arrêt n° 1075 du 21 novembre 2019 (19-20.513), portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution, en particulier son article 66, garantit, en ce qu'elles ne prévoient pas de contrôle juridictionnel systématique des mesures d'isolement et de contention mises en œuvre dans les établissements de soins psychiatriques ? »

Le JLD a, par ailleurs, ordonné la mainlevée de la mesure au motif que le curateur de [REDACTED] n'avait pas été convoqué à l'audience.

La question, posée dans le mémoire distinct du 4 décembre 2019 présenté devant le JLD, qui l'a transmise par ordonnance du 6 décembre 2019, se présente comme une reformulation à effet de rendre la question plus claire sans en modifier l'objet ou la portée de sorte qu'il y a lieu de considérer que la Cour de cassation est régulièrement saisie et se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise (Cass., Ass. Plénière, 20 mai 2011, QPC n°11-90.033, 2^e Civ., 13 septembre 2018, QPC n° 18-40.025 ; 3^e Civ., 14 juin 2018, QPC n° 18-40.013).

2 - Conditions de renvoi de la question au Conseil constitutionnel

Il résulte des dispositions combinées des articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel que, lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité transmise est à la Cour de cassation, son renvoi au Conseil constitutionnel est subordonné aux conditions cumulatives suivantes :

1°) la disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites ;

2°) elle doit ne pas avoir été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances ;

3°) la question doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux.

2-1 Questions de recevabilité, applicabilité au litige et nature législative des dispositions

La nature constitutionnelle de la norme de référence invoquée, la nature législative de la disposition critiquée, et son applicabilité au litige ou à la procédure, sont considérées, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, comme des conditions de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité (voir, notamment, en ce sens : 1^{re} Civ., 14 septembre 2010, pourvoi n° 10-13.616 ; 1^{re} Civ, 17 mars 2011, pourvoi n°10-40.077 ; Civ. 3^{ème}, 24 juin 2011, pourvoi n° 11-40.016 ;Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 11-40.033) et sont envisagées comme telles dans l'ouvrage Droit et pratique de la cassation en matière civile (LexisNexis, 3^{ème} édition, n° 374 et s.).

Un texte législatif :

L'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique a été introduit par l'article 72 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, son caractère législatif ne paraît pas contestable. Le texte n'a jamais été modifié.

L'applicabilité au litige est liée à la compétence alléguée du JLD pour statuer sur la légalité d'une mesure au regard de cet article. En effet, cet article est contesté « en tant qu'il ne prévoit pas » une telle compétence et en tant que la jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas étendu l'office du JLD sur ce point.

L'absence de sursis à statuer :

Aux termes de l'article 23-3, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel « il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance, ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté ».

La circulaire CIV/04/10 du 24 février 2010 précise que si les « cas de la privation de liberté concernent essentiellement la matière pénale, deux relèvent de la matière civile : la rétention administrative des étrangers et l'hospitalisation sans consentement ». Il s'agit de domaines dans lesquels la première chambre civile a eu l'occasion de traiter plusieurs QPC.

En l'espèce, le juge des libertés et de la détention a statué par une même ordonnance sur la transmission de la QPC à la Cour de cassation et sur le maintien de la mesure d'hospitalisation complète sans consentement.

Au demeurant, le Conseil constitutionnel a précisé aux considérant 17 et 18 de sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 que les dispositions relatives au sursis à statuer «préservent l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée » et « concourent au bon fonctionnement de la justice » et que "la dernière phrase du dernier alinéa de l'article 23-3 peut conduire à ce qu'une décision

définitive soit rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et sans attendre qu'il ait statué ; que, dans une telle hypothèse, ni cette disposition ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel².

Sur la prise en considération d'une interprétation jurisprudentielle :

Il convient de rappeler que l'interprétation jurisprudentielle contestée doit donc remplir plusieurs conditions, sur lesquelles la Cour de cassation exerce un contrôle : elle doit émaner de la Cour suprême compétente, doit porter sur une disposition législative et être constante.

Dès 2010, le Conseil constitutionnel a clarifié la notion d'interprétation de la loi, lors d'un commentaire sur le site du Conseil, Novembre 2010 : QPC et interprétation de la loi : Après avoir rappelé que les dispositions sur la QPC interdisent qu'une question puisse être posée sur une jurisprudence qui ne se serait pas développée sur le fondement initial d'une « disposition législative »³, le Conseil constate que le texte imposant que la disposition législative soit « applicable » au litige *« ne trouve sa pleine portée que compte tenu de la jurisprudence qu'a développée à son sujet le Conseil d'État ou la Cour de cassation »*⁴.

Le commentaire ajoute que *« Toute autre solution aurait porté atteinte au rôle des cours suprêmes de l'ordre judiciaire ou administratif et vidé de son sens la réforme de la QPC. Si le Conseil constitutionnel n'avait pas considéré qu'il ne peut examiner une disposition législative qu'à la lumière de l'interprétation donnée par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, il aurait méconnu le rôle régulateur de ces derniers. Il revient en effet à ces*

² Le député Warsmann évoquait la même solution dans le rapport précité : « du fait de l'absence de sursis à statuer, il est possible que le juge rende une décision définitive sans qu'il ait obtenu une réponse à la question de constitutionnalité qu'il a décidé de transmettre... Toutefois, une telle hypothèse est peu probable, dans la mesure où la partie ayant soulevé la question aura toujours la faculté de former un appel ou un pourvoi en cassation, afin d'éviter que le jugement rendu en l'absence de sursis à statuer ne devienne définitif avant que la question de constitutionnalité n'ait obtenu une réponse ». (Rapport Jean-Luc WARSMANN, page 18)

³ Le commentaire rappelle qu'il en va par exemple ainsi, en droit administratif, de la théorie du fait du prince.

⁴ C'est ce que le Conseil constitutionnel a jugé en octobre 2010 par des décisions rendues sur renvoi de la Cour de cassation (n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 relative à l'article 365 du code civil) et du Conseil d'État (n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 relative à une loi de 1941).

deux cours d'interpréter la loi pour en assurer une application uniforme dans le pays. Pour autant, le justiciable peut alors contester la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de la disposition législative ainsi interprétée. Le contraire conférerait une impunité constitutionnelle à l'interprétation de la loi, privant la réforme de la QPC d'une partie de sa portée."

Pour le Conseil constitutionnel, les juridictions de renvoi sont donc les seuls juges de l'existence et de la portée de l'interprétation jurisprudentielle contestée. Plus encore, il accepte d'examiner des questions portant sur une interprétation jurisprudentielle dégagée à l'occasion de l'arrêt de renvoi (cf. décision n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011 sur renvoi de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation, 1^{re} Civ., 1^{er} juillet 2011, pourvoi n° 11-40.041, Constitutions 2012. 140, obs. Fallon ; RTD civ. 2012. 92, obs. Hauser, à propos de la levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables ou, plus récemment, 28 septembre 2017, n°2017-654 QPC, Sté BPCE).

La Cour de cassation retient que *"la contestation doit concerner la portée que donne à une disposition législative précise l'interprétation qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre"*. Ce point a été rappelé à plusieurs reprises pour motiver la non-transmission au Conseil constitutionnel de questions prioritaires de constitutionnalité portant, non sur une interprétation d'une disposition législative, mais, sous le couvert de celle-ci, sur une règle jurisprudentielle (1^{re} Civ., 14 mars 2019, pourvoi n°18-21.567⁵, publié ; voir aussi Soc., 28 novembre 2012, pourvoi n°11-17.941, Bull. 2012, V, n°308 et sur une construction jurisprudentielle : 3^e Civ., 30 mars 2017, pourvoi n°16-22.058, Bull. 2017, III, n° 46, ou un principe jurisprudentiel : 3^e Civ., 15 février 2018, pourvoi n°17-40.069, 17-40.070, 17-40.072, 17-40.071, 17-40.073, 17-40.074, 17-40.075).

En l'espèce, la QPC se fonde sur une interprétation donnée par la Cour de cassation dans un unique arrêt publié 1^{re} Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 19-20.513 :
« 9. L'ordonnance énonce à bon droit qu'aucun texte n'impose la production devant le juge des libertés et de la détention du registre prévu à l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique consignant les mesures d'isolement et de contention, lesquelles constituent des modalités de soins. Celles-ci ne relevant pas de l'office du juge des libertés et de la détention, qui s'attache à la seule procédure de soins psychiatriques sans consentement pour en contrôler la régularité et le bien-fondé, le premier président en a justement déduit que le grief tenant au défaut de production de copies du registre était inopérant. »

⁵ Voir, sur la notion de règle jurisprudentielle, le rapport très complet de M. Le conseiller Vitse sur le pourvoi n° 18-21.567.

La jurisprudence est unique, mais la réponse présente la particularité d'avoir été reprise en réponse à une demande d'avis :

- Avis de la Cour de cassation, 1^{re} Civ., 3 février 2020, n° 19-70.020 :

« Le 17 octobre 2019, le juge des libertés et de la détention tribunal de grande instance de Versailles a formulé une demande d'avis, reçue le 4 novembre 2019, dans une instance concernant M. Brothier, et ainsi libellée : « Le contrôle - systématique, à la demande du patient ou d'office - opéré par le juge des libertés et de la détention sur le fondement des articles L. 3211-12 et L. 3211-12-1 du code de la santé publique, du bien-fondé et de la régularité d'une mesure de soins psychiatriques sans consentement mise en oeuvre sous la forme d'une hospitalisation complète, peut-il porter notamment, le cas échéant, sur le bien-fondé et la régularité des décisions de placement de l'intéressé à l'isolement ou sous contention ainsi que de leur suivi, prises dans le cadre de cette mesure de soins sur le fondement de l'article L. 3222-5-1 du même code, en emportant, au cas de constat d'une irrégularité portant atteinte aux droits du patient, la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète ? » ; la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu le présent avis sur le rapport de Mme Gargoulaud, conseiller référendaire, et les conclusions de Mme Marilly, avocat général référendaire, entendue en ses observations orales.

Motifs

La question n'est pas nouvelle et ne présente plus de difficulté sérieuse dès lors qu'il a été jugé (1^{re} Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 19-20.513, publié) que les mesures d'isolement et de contention constituent des modalités de soins ne relevant pas de l'office du juge des libertés et de la détention, lequel s'attache à la seule procédure de soins psychiatriques sans consentement pour en contrôler la régularité et le bien-fondé.

EN CONSÉQUENCE, la Cour :

DIT n'y avoir lieu à avis. »

Il conviendra d'abord de rechercher s'il s'agit d'une interprétation ou de la construction d'une règle jurisprudentielle.

S'il s'agit bien d'une interprétation, il conviendra de vérifier que celle-ci peut être considérée comme une jurisprudence constante⁶. La Cour de cassation a admis la

⁶ Pour information, sur la période du 1^{er} janvier 2013 au 27 mai 2019, la Cour de cassation a rendu environ 168 décisions en matière de QPC où se posait la question de son interprétation jurisprudentielle du texte législatif.

Dans 85 de ces cas, elle a jugé que l'interprétation prétendue n'existait pas, que le grief était insuffisamment clair ou a examiné les dispositions législatives sans confirmer ni infirmer l'existence d'une interprétation jurisprudentielle.

Dans 19 hypothèses, elle a rejeté la question comme ne portant pas sur une disposition législative ou sur un texte inapplicable au litige.

Enfin, 64 arrêts ont porté sur des QPC dans lesquelles la critique de la constitutionnalité était concentrée sur la

recevabilité de QPC critiquant une interprétation **jurisprudentielle explicite dans un seul arrêt** (1^{re} Civ., 8 juillet 2015, QPC n° 15-40.021 ; Soc., 6 juillet 2016, pourvoi n° 16-12.970, Bull. 2016, V, n° 148; 1^{re} Civ., 11 juillet 2019, pourvoi n° 18-26.232). La Cour de cassation a également admis de **procéder à un revirement de jurisprudence** à l'occasion de l'examen d'une QPC⁷.

Selon Marc Guillaume, un arrêt suffit à caractériser la constance d'une jurisprudence s'il "traduit l'orientation claire de la Cour suprême de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire et que cette orientation est rappelée dans l'arrêt de renvoi de la QPC"⁸.

Cela a pu conduire à des critiques⁹ quant au caractère vaporeux du critère de constance de la jurisprudence, qui laisse aux cours suprêmes une très large marge d'appréciation.

portée donnée aux textes par la jurisprudence de la Cour de cassation et où elle l'a expressément admis ; parmi elles, 52 ont été jugées non sérieuses ce qui a conduit à une décision de non-lieu à renvoi assortie d'une justification de la conformité du texte ainsi interprété, et 12 ont été renvoyées au Conseil constitutionnel, ce dernier en a jugé 3 non conformes à la Constitution (dont l'une pour incompétence négative).

⁷ Cf., par exemple, Crim., 12 avril 2012, pourvoi n° 12-90.004 ; Crim., 5 octobre 2011, pourvoi n° 11-90.087, Bull.crim. 2011, n° 196 ; Crim., 26 juin 2012, pourvoi n° 12-80.319, Bull.crim. 2012, n° 159 ; Crim., 20 février 2013, pourvoi n° 12-85.116 ; 2^e Civ., 10 juillet 2014, pourvoi n° 13-25.985 ; Com., 5 septembre 2013, pourvoi n° 13-40.034, Bull. 2013, IV, n° 127, 2^e Civ., 27 avril 2017, pourvoi n° 17-40.027. De tels revirements demeurent rares ; dans les hypothèses citées ci-dessus ils ont permis de donner plus vite satisfaction au justiciable qui conteste la jurisprudence ancienne, lorsque son maintien n'apparaît plus conforme aux évolutions de l'état du droit ou des jurisprudences constitutionnelles et européennes.

⁸ M. Guillaume, Rép. Dalloz. *Pratique du contentieux administratif Question prioritaire de constitutionnalité*, n° 178 et suivants. Cf. aussi sur la "jurisprudence constante" du Conseil d'Etat n° 184 à 186 et sur celle de la Cour de cassation n° 187 à 189.

⁹ Nicolas Régis, commentant un arrêt de la 2^e chambre civile de 2014 (2^e Civ., 6 février 2014, QPC n° 13-22.073), relève que, peu importe le nombre d'arrêts cités, la jurisprudence ne sera pas constante si elle se borne à faire application d'un texte à des circonstances particulières de fait. L'impossibilité pour la doctrine de dégager une règle précise, sur la base de laquelle pourrait être identifié le caractère constant d'une jurisprudence, fait conclure l'auteur dans le sens d'un critère d'opportunité de renvoyer : « Il faudra en définitive se résoudre à admettre que l'on n'est en présence d'une jurisprudence constante que dans les cas où la Cour de cassation aura bien voulu renvoyer une question à ce titre, ou que le Conseil constitutionnel aura décidé d'en reconnaître une à l'occasion de l'une de ses décisions ».

Plus récemment, Pascale Deumier faisait le même constat : « Le bilan ne délivrera malheureusement pas plus d'indications sur la façon dont la Cour de cassation décide dans d'autres cas, sans justification, de l'inexistence de l'interprétation constante contestée, serait-elle précisément citée par le requérant ». Pour illustrer son propos, l'auteure cite une affaire récente présentée devant la chambre sociale (Soc., 9 mai 2018, QPC n° 18-40.007) dans laquelle le requérant détaillait les arrêts de la chambre qui, selon lui, attestaient du caractère constant de l'interprétation contestée. Malgré cela, la chambre sociale a dit n'y avoir lieu à renvoi au motif qu'une telle interprétation n'existait pas (Pascale Deumier, QPC et jeux d'interprétations, RTD Civ., 2018, 615).

Eu égard aux caractéristiques de la QPC du présent dossier, qui se fonde explicitement sur une jurisprudence unique, mais publiée, récente et reprise dans un avis, la première chambre dispose de trois options :

- considérer que l'interprétation donnée de sa jurisprudence est erronée ou incomplète (Com., 12 avril 2018, pourvoi n° 18-40.005, Com., 14 décembre 2017, pourvoi n° 17-18.918) ;

- procéder à un revirement de jurisprudence ;

- ou analyser la QPC comme fondée sur une jurisprudence constante pertinente, ce qui la conduirait à une analyse des autres critères, afin de déterminer s'il existe une déclaration de conformité et, le cas échéant, si la question est nouvelle ou sérieuse.

Il conviendra d'examiner la recevabilité de la QPC transmise à l'aune de l'ensemble de ces éléments.

2-2 La déclaration de conformité : portée de la décision du Conseil n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016

Si la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a fait l'objet d'un contrôle *a priori* sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel n'a pas examiné spécifiquement l'article 72 de ladite loi, dont est issu l'article L 3222-5-1 du code de la santé publique, lequel n'est pas au nombre des dispositions visées dans sa décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016.

L'article L 3222-5-1 du code de la santé publique ne figure pas dans le tableau des dispositions déclarées conformes à la Constitution du Conseil constitutionnel et n'a jamais été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

2-3 Sur le caractère nouveau de la question

Le Conseil constitutionnel a indiqué, dans sa décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009, que *"le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère [la nouveauté] imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; que dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ; que dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel"*.

En l'espèce, le caractère de nouveauté ne paraît pas devoir être retenu dès lors que l'article 66 de la Constitution est un texte dont le Conseil constitutionnel fait une application courante.

2-4 Sur le caractère sérieux de la question

La difficulté soulevée par la QPC porte non pas sur l'absence de contrôle des mesures d'isolement et de contention mises en œuvre dans les établissements de soins psychiatriques, mais sur l'absence de caractère systématique du contrôle juridictionnel de ces mesures.

La question prioritaire de constitutionnalité retient, d'une part, que l'article 66 de la Constitution implique que le juge judiciaire est garant de la liberté individuelle, d'autre part, que la mesure de contention ou d'isolement relève du champ de cette garantie. Ce postulat pose plusieurs difficultés au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui pourraient conduire à considérer la question comme sérieuse au regard de l'analyse de l'article 66 précité (point 2-4-2). Avant d'aborder ce point, il convient toutefois de présenter les mesures d'isolement et de contention en cause et les contrôles dont elle peuvent faire l'objet (point 2-4-1).

2-4-1 Présentation liminaire des contrôles sur les mesures d'isolement et de contention et sur l'office du JLD

Les pratiques et jurisprudences des JLD sur les mesures de contention et d'isolement sont apparues comme très diverses. Un contrôle des mesures dont la sanction serait la mainlevée totale de l'hospitalisation contrainte semble s'être développé à la Cour d'appel de Versailles, ainsi que, pour trois autres décisions, celles de Paris et Douai, tandis que les magistrats des autres cours d'appel ne procédaient pas à un tel contrôle.

Si la question prioritaire de constitutionnalité porte moins sur l'office du JLD que sur celui du juge judiciaire, puisqu'il est seulement reproché au législateur de n'avoir pas prévu un contrôle juridictionnel systématique, l'organisation des compétences au sein de la juridiction judiciaire renvoie, implicitement mais nécessairement, au rôle du JLD. En d'autres termes, la QPC en ce qu'elle conduit à s'interroger sur la nécessité d'un contrôle judiciaire systématique de la contention, nous invite à interroger l'extension du contrôle opéré par le JLD, juge naturel de l'urgence de la privation de liberté. A cet égard, il convient de présenter rapidement les conditions actuelles de mise en œuvre et de contrôle des mesures : la nécessité du contrôle en général (1), l'état du droit actuel et les contrôles prévus par la loi (2), l'office du JLD (3) et celui du juge judiciaire de droit commun ou des référés dans ce contexte (4).

1/ Un contrôle portant sur les conditions de placement/maintien à l'isolement ou en contention est-il nécessaire ?

=> La société et le législateur ont répondu positivement à cette question. La réponse est récente : avant la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, aucune réglementation n'encadrait ces pratiques. Au demeurant, le code de la santé publique ne propose pas de définition de l'isolement ou de la contention¹⁰.

En créant, à l'article 72 de la loi, l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique le législateur a clairement impulsé une dynamique de limitation et de contrôle des mesures d'isolement et de contention.

Cet article L. 3222-5-1 prévoit que « *L'isolement et la contention sont des pratiques de dernier recours. Il ne peut y être procédé que pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui, sur décision d'un psychiatre, prise pour une durée limitée. Leur mise en œuvre doit faire l'objet d'une surveillance stricte confiée par l'établissement à des professionnels de santé désignés à cette fin.*

« *Un registre est tenu dans chaque établissement de santé autorisé en psychiatrie et désigné par le directeur général de l'agence régionale de santé pour assurer des soins psychiatriques sans consentement en application du I de l'article L. 3222-1. Pour chaque mesure d'isolement ou de contention, ce registre mentionne le nom du psychiatre ayant décidé cette mesure, sa date et son heure, sa durée et le nom des professionnels de santé l'ayant surveillée. Le registre, qui peut être établi sous forme numérique, doit être présenté, sur leur demande, à la commission départementale des soins psychiatriques, au Contrôleur général des lieux de privation de liberté ou à ses délégués et aux parlementaires.*

« *L'établissement établit annuellement un rapport rendant compte des pratiques d'admission en chambre d'isolement et de contention, la politique définie pour limiter le recours à ces pratiques et l'évaluation de sa mise en œuvre. Ce rapport est transmis pour avis à la commission des usagers prévue à l'article L. 1112-3 et au conseil de surveillance prévu à l'article L. 6143-1.* » (souligné par nous)

¹⁰ Le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) a publié le 27 mars 2017 des normes concernant les moyens de contention dans les établissements psychiatriques pour adultes. Il définit ainsi les types de contention qui peuvent être utilisés (un ou plusieurs simultanément) :

- (a) la contention physique (maintien ou immobilisation d'un patient par le personnel en ayant recours à la force physique – « contrôle manuel ») ;
- (b) la contention mécanique (recours à des instruments de contention, tels que des lanières, pour immobiliser un patient) ;
- (c) la contention chimique (administration forcée de médicaments visant à contrôler le comportement d'un patient) ;
- (d) l'isolement (placement d'un patient contre son gré tout seul dans une chambre fermée à clé).

Si le législateur n'a pas précisé si l'article L. 3222-5-1 vise seulement la contention physique ou également la contention chimique, il est constant que les débats parlementaires se réfèrent uniquement à la contention physique, l'essentiel de ceux-ci portant sur la «traçabilité» des décisions d'isolement et de contention et la nécessité d'un registre comportant un certain nombre de mentions dont le nom du psychiatre ayant pris la décision et la durée de la mesure. Ce registre est présenté, sur leur demande, à la commission départementale des soins psychiatriques, au contrôleur général des lieux de privation de liberté ou à ses délégués et aux parlementaires.

Cette disposition législative de 2016, qui est le point de départ des débats actuels, est le **résultat d'une prise de conscience de la gravité des atteintes aux droits** résultant de la contention et de la nécessité, dans le cas où cette mesure serait mise en oeuvre, de pouvoir justifier celles-ci au regard d'impératifs supérieurs. Cette prise de conscience a été relayées par plusieurs institutions :

- Dès 2012, dans son rapport d'activité, le contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) avait pointé la nécessité d'assurer une «traçabilité» des mesures d'isolement et de contention destinée à lutter contre la banalisation de ces pratiques. Le rapport du 14 avril 2016 relatif à l'isolement et la contention dans les établissements de santé mentale est très critique sur les recours à de telles pratiques¹¹ et considère qu'au regard de l'article L. 3222-5-1, un recours devant le juge administratif pour contester toute décision d'isolement ou de contention sera possible.

- Le cercle de réflexion et de propositions d'actions sur la psychiatrie (CRPA) promeut depuis de nombreuses années l'interdiction du recours à la contention, mais, à défaut demande que les mesures d'isolement soient mieux formalisées, notifiées aux patients concernés et soumises au contrôle du JLD au-delà d'une certaine durée (de cinq jours, par exemple).

- Les spécialistes, tant de la psychiatrie que du droit, semblent partagés sur la justification de la contention :

¹¹ Le rapport relève également en introduction que "Ces contraintes physiques constituent, à tout le moins, une atteinte maximale à la liberté de circulation. La manière dont elles sont mises en oeuvre est souvent humiliante, indigne, parfois dangereuse. Ainsi, paradoxalement, l'hôpital, havre de soins, laisse se perpétuer et se perpétuer, au fond de ses unités, des pratiques qui s'apparentent dans certaines conditions, à des traitements inhumains et dégradants." Il ajoute qu' "Il n'appartient pas au CGLPL d'apprécier la pertinence thérapeutique du recours aux mesures coercitives que sont l'isolement et la contention. Mais la loi lui a donné mission de veiller au respect des droits fondamentaux des personnes hospitalisées et soignées sans leur consentement et il constate que ces pratiques leur portent une atteinte certaine, plus ou moins grave, plus ou moins étendue selon les circonstances."

- Certains affirment que les contentions devraient être bannies en pratique hospitalière quotidienne¹² soulignant que certains pays, comme l'Islande, ne pratiquent plus cette mesure et qu'aucune étude n'en a jamais démontré l'intérêt ni thérapeutique ni pour la sécurité des patients ou des services hospitaliers. Ils admettent la possibilité d'isoler un patient dans des situations où ledit patient présente un risque élevé de passage à l'acte suicidaire imminent.

- La littérature psychiatrique insiste cependant souvent sur la nature médicale de la contention, notamment pour préciser les indications cliniques et la fonction thérapeutique de l'isolement¹³. Ils indiquent que « *dans les situations extrêmement dures, l'orientation dans une chambre fermée, la contention physique par des sangles et l'administration d'un traitement intramusculaire pourront être nécessaires. Dans ces pratiques de l'extrême, le même professionnalisme, les mêmes règles de courtoisie, de bienveillance, d'information, d'attention portée au patient doivent s'appliquer avec toujours pour but la recherche d'une alliance thérapeutique. Les gestes des infirmiers doivent être contenant et non violents (...)* »¹⁴.

C'est l'ensemble de ces considérations qui ont conduit à l'encadrement actuel par l'article L. 3222-5-1 précité, mais également par les recommandations de la Haute autorité de santé de février 2017 et l'instruction du 29 mars 2017.

2/ Un contrôle portant sur les conditions de placement/maintien en contention ou à l'isolement est-il prévu par la loi ou les règlements ?

Il est certain que le législateur a, par la loi du 26 janvier 2016, entendu encadrer la pratique de la contention et de l'isolement.

¹² Thierry Najman, « Le péché originel de la psychiatrie », Revue Juridique Personnes et Famille 2019, n° 10, voir aussi Anne-Cécile Trayssat, *L'office du JLD en matière d'hospitalisation sans consentement : l'exemple du juge beauvaisien et des juges portoisiens* Revue Juridique Personnes et Famille, N° 10, 1er octobre 2019,

¹³ L'information psychiatrique, Marion Azoulay, Sophie Raymond *La contention physique, un outil de soins ?*, Volume 93, numéro 10, Décembre 2017, voir aussi N. Giloux, *Isolement en psychiatrie : rien n'est jamais acquis*, Volume 93, numéro 10, Décembre 2017.
Il existe également des études de l'influence des facteurs institutionnels sur la durée de séjour en chambre d'isolement, qui mettent en exergue des facteurs tels que le sexe masculin, le placement en SDRE, la prévention d'un passage à l'acte hétéro-agressif, l'absence de suivi psychiatrique sur le secteur, un antécédent de passage à l'acte médico-légal : Thèse *Etude de l'influence des facteurs institutionnels sur la durée de séjour en chambre d'isolement*, Guillaume Camelot, Poitiers 2018.

¹⁴ RDSS 2015 p.973, Le psychiatre et le juge face à la protection de la personne dans les soins contraints (1), Natalie Giloux et Marion Primevert

Pour paraphraser l'article L. 3222-5-1, nous pouvons relever que le législateur a prévu :

- une délimitation des conditions de mise en oeuvre : les pratiques doivent n'être mises en place qu'en dernier recours, pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui ;

- une exigence de détermination et de compétence de l'auteur : il s'agit de la décision d'un psychiatre ;

- une limitation temporelle : la mesure est prise pour une durée limitée ;

- un encadrement tout au long de la mise en œuvre, avec compétence et détermination de cet encadrement : la mesure doit faire l'objet d'une surveillance stricte confiée par l'établissement à des professionnels de santé désignés à cette fin;

- une traçabilité : un registre mentionne le nom du psychiatre ayant décidé cette mesure, sa date et son heure, sa durée et le nom des professionnels de santé l'ayant surveillée ;

- une transparence : d'une part, le registre doit être présenté, sur leur demande, à la commission départementale des soins psychiatriques, au Contrôleur général des lieux de privation de liberté ou à ses délégués et aux parlementaires, d'autre part, un rapport (rendant compte des pratiques d'admission en chambre d'isolement et de contention, de la politique définie pour limiter le recours à ces pratiques et de l'évaluation de sa mise en œuvre) est transmis pour avis à la commission des usagers prévue à l'article L. 1112-3 et au conseil de surveillance prévu à l'article L. 6143-1.

Au titre de la transparence, cinq instances sont ainsi désignées pour le contrôle des mesures « en cours » : la commission départementale des soins psychiatriques, le CGLPL, les parlementaires, la commission des usagers et le conseil de surveillance.

Lors des débats devant l'assemblée nationale sur la loi de 2016 précitée, le député Denys Robiliard a **affirmé le caractère médical** des actes de contention et considéré que « certains estiment que la contention ne devrait jamais être utilisée, qu'elle porte atteinte à la dignité des patients et qu'elle aggrave la maladie ; d'autres pensent qu'elle peut avoir des effets thérapeutiques positifs. Il n'appartient pas au législateur de prendre position dans ce débat. **Il suffit, pour l'efficacité, d'affirmer le caractère**

médical de la décision. C'est pourquoi je propose de substituer au terme « prescription », le mot de « décision »¹⁵.

Le législateur a donc très clairement et volontairement confié aux médecins la mise en oeuvre initiale des mesures d'isolement et de contention.

3/ Un contrôle portant sur les conditions de placement/maintien à l'isolement ou en contention est-il prévu devant le JLD ?

Ni les textes nationaux (réserve faite de l'article 66 de la Constitution qui sera examiné au point 2-4 infra) ni les textes internationaux ne paraissent prévoir un contrôle systématisé par le JLD.

La proposition d'un contrôle systématique de la contention par le JLD a été soutenue, devant une mission parlementaire¹⁶ :

- par le président du CRPA, André Bitton qui suggère un contrôle de toutes les mesures contraignantes même dans le cas d'une hospitalisation libre,
- par plusieurs avocats, notamment du syndicat des avocats de France, qui ont salué la décision rendue par la cour d'appel de Versailles le 24 octobre 2016 n°

15

http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3215.asp#P2010_480214

M. Denys Robiliard : « Un ouvrage vient de paraître aux Presses de l'École des hautes études en santé publique (EHESP), intitulé *Soins sans consentement en psychiatrie*, dans lequel on peut lire que les pratiques de contention « doivent être considérées et organisées comme un prélude nécessaire, coercitif par la force des choses, à l'engagement d'un processus thérapeutique ». Cet ouvrage considère donc que la contention n'est qu'un préalable à un processus thérapeutique.

Le sujet est extrêmement controversé : certains estiment que la contention ne devrait jamais être utilisée, qu'elle porte atteinte à la dignité des patients et qu'elle aggrave la maladie ; d'autres pensent qu'elle peut avoir des effets thérapeutiques positifs. Il n'appartient pas au législateur de prendre position dans ce débat. Il suffit, pour l'efficacité, d'affirmer le caractère médical de la décision. C'est pourquoi je propose de substituer au terme « prescription », le mot de « décision ».

Voir aussi:

-Marie Grosset. JDSAM n° 20, 2018

<http://www.institutdroitsante.fr/publications/publications-ids/revues-livres/journalde-la-sante-et-de-lassurance-maladie-jdsam/jdsam-n20-juillet-2018/>

- Le rapport sur l'arrêt 1^{re} Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 19-20.513, publié

¹⁶ Cette mission a établi un rapport d'information enregistré le 15 février 2017 sous le n° 4486 : Rapport de la commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission d'évaluation de la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge

16/07393, estimant qu'il était « légitime de tirer des conséquences des conditions d'hospitalisation sur le principe même de celle-ci »,

- par le syndicat de la magistrature qui a soutenu que les mesures d'isolement et de contention présentaient un degré de gravité supplémentaire tel, au regard de l'atteinte aux droits des patients qui résulte de l'hospitalisation complète, qu'elles devraient faire l'objet d'un contrôle systématique par le JLD.

- en conclusions, le rapport d'information parlementaire du 15 février 2017 fait état, pour s'en féliciter, de cette volonté de contrôle et souligne qu'émerge en jurisprudence un *“contrôle judiciaire de la proportionnalité des décisions de contention et de placement à l'isolement, pour la plus grande satisfaction d'associations d'usagers des services psychiatriques mais aussi de magistrats qui estiment que leur degré de gravité au regard des droits des patients justifie que le juge les examine, y compris lorsqu'elles sont prises dans le cadre d'hospitalisations libres”*.

A l'inverse, d'autres auteurs relèvent que l'isolement et la contention sont des décisions qui ne figurent pas dans les chapitres relatifs à la procédure des soins psychiatriques sans consentement que contrôle le JLD, lequel ne peut jamais décider, s'il lève une mesure d'hospitalisation complète, que la personne fera l'objet d'un programme de soins, un tel programme relevant uniquement de l'office du médecin¹⁷.

Quatre difficultés se présentent, en effet, pour étendre la compétence du JLD aux mesures d'isolement et de contention :

a/ Tout d'abord, la question se pose de savoir s'il est possible d'étendre les pouvoirs du JLD au-delà de ce que le législateur a prévu :

- à l'article L. 3216-1, le législateur n'a prévu de contrôle que des décisions administratives prises au Titre Ier (Modalités de soins psychiatriques)... Or l'article L. 3222-5-1 relève du Titre II (Organisation) du Livre II (Lutte contre les maladies mentales) ;

- de plus, cet article L. 3216-1 prévoit que le juge des libertés et de la détention connaît des contestations mentionnées au premier alinéa du présent article dans le cadre des instances introduites en application des articles L. 3211-12 et L. 3211-12-1. Dans ce cas, l'irrégularité affectant une décision administrative mentionnée au premier alinéa du présent article n'entraîne la mainlevée de la mesure que s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet (...)."

¹⁷ M. Grosset, *Le contrôle juridictionnel des décisions d'isolement et de contention prononcées durant les soins psychiatriques sans consentement*, JDSAM 2018, no 20, p. 36 ; A. Darmstädter-Delmas point de vue précité et Darlstadter-Delmas - *Les soins psychiatriques sans consentement*, LexisNexis 2017

=> Afin de contrôler une "décision" de placement sous contention, il conviendrait de considérer qu'elle est intrinsèquement liée à une décision d'admission en soins psychiatriques relevant du Titre Ier du Livre II (qui, elle, est contrôlée par le JLD).

Selon Marie Grosset¹⁸, un contrôle par le JLD ne saurait être promu sans méconnaître la limite que la Cour de cassation a assigné au juge concernant le respect de l'office du médecin, malgré le caractère « hybride » de la décision de contention : *"le contrôle mis en place par le législateur de 2011 porte bien sur la décision régaliennne de privation de liberté du patient et non sur les modalités de sa prise en charge. Le contrôle automatique du JLD à 12 jours permet de répondre aux exigences posées par le Conseil Constitutionnel et de vérifier que la privation de liberté est justifiée par l'importance des soins à délivrer. Au sein de ce dispositif, ni l'usage de la contention physique, ni celui de la contention chimique, ou de l'utilisation d'électrochocs ne doivent pouvoir être soumises au contrôle automatique du JLD. Les cadres existant semblent répondre avec mesure aux besoins légitimes des patients de disposer de recours contre des décisions abusives.*

A l'inflation normative, ne répondons pas par l'inflation contentieuse !"

Il semble néanmoins que ce premier obstacle pourrait être levé, notamment en considération de l'article 66 de la Constitution, afin de permettre au juge d'exercer son office de gardien des libertés.

Reste à définir le contrôle que le JLD pourrait opérer sur la contention.

b/ Le champ d'un tel contrôle pose une autre difficulté : **Quelle décision le juge peut-il prendre ?** Si le JLD estime que la contention, mais elle seule, est irrégulière (eu égard à des mentions irrégulières sur le registre ou s'il estime que cette mesure n'est pas proportionnée), devrait-il en tirer la conséquence que la contention, mais elle-seule, doit cesser (ce qui ne paraît pas relever de ses attributions) ou ordonner la mainlevée de la mesure de soins sans consentement (éventuellement avec effet différé). Cela semblerait paradoxal d'imposer la levée d'une mesure qui s'impose, alors même que celle-ci, prise par le préfet ou le directeur d'établissement, serait parfaitement régulière.

Lorsque le JLD lève une mesure en raison de l'irrégularité d'un certificat médical, c'est parce que le certificat médical irrégulier participe de la mesure de soins sans consentement. S'il levait la mesure en raison d'un soin médical qui ne constitue pas le fondement de la décision - et dans une situation qui n'est pas davantage prévue par les textes, comme l'est par exemple le cas où le JLD constate que la mainlevée est

¹⁸ M.Grosset. JDSAM n° 20, 2018

<http://www.institutdroitsante.fr/publications/publications-ids/revues-livres/journalde-la-sante-et-de-lassurance-maladie-jdsam/jdsam-n20-juillet-2018/>

acquise à l'issue de certains délais s'il n'a pas statué¹⁹ - ne ferait-il pas produire artificiellement, et sans rigueur juridique, des effets à une décision médicale ?

Il en irait différemment, bien entendu, si le législateur avait prévu les conditions d'un tel contrôle, en envisageant, par exemple, que le JLD peut lever la décision de contention. Il est à noter que s'il était prévu une possibilité pour le JLD de "lever la contention", il faudrait que le JLD puisse imposer cette décision aux médecins qui, en l'état des textes, ne sont pas parties à la procédure²⁰ devant lui... Les psychiatres, en l'état des textes, n'ont en effet pas connaissance de la critique de la contention, ni ne peuvent présenter une défense.

En l'absence de textes, le JLD pourrait-il imposer la production de pièces médicales et un débat contradictoire entre des instances qui ne sont pas considérées comme des parties en l'état du droit ? Ou devrait-il se dispenser de débat contradictoire ?

c/ Comment peut-on coordonner ce contrôle avec la responsabilité pour "internement abusif" ? Que nous prenions l'exemple d'une hospitalisation complète sur décision du représentant de l'Etat (SDRE) ou du directeur d'établissement, c'est dans chaque hypothèse l'auteur de la décision qui est responsable de la mesure. C'est également lui qui saisit le JLD.

Si le JLD estime que la contention est irrégulière et constate l'irrégularité de toute la mesure (cf question précédente), ne fait-il pas peser la responsabilité, non pas sur l'auteur de la décision (le psychiatre qui décide la contention), mais sur le préfet ou le directeur, qui n'ont pas le pouvoir de prendre une telle décision ?

¹⁹ L'article L. 3211-12-1, IV, prévoit expressément une telle mainlevée.

²⁰ Le directeur d'établissement est partie dans une procédure où il est l'auteur de la décision, mais il n'est pas partie dans une SDRE (puisque c'est le préfet qui a pris la décision). En toute hypothèse, les textes ne prévoient pas en l'état que les médecins qui ont ordonné une mesure de contention et, le cas échéant, engagé leur responsabilité à ce titre, soient des parties devant le JLD.

Au demeurant les personnes susceptibles de devenir parties en saisissant le JLD sont limitativement énumérées à l'article L. 3212-1 : La saisine peut être formée par :

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

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

A cet égard, le parallèle qui pourrait être établi entre l'irrégularité des certificats médicaux (dont il est constant que le JLD les contrôle) et l'irrégularité d'une mesure de contention, trouve ses limites. En effet, les certificats constituent le fondement de la décision (du préfet ou du directeur d'établissement) sur lesquels le JLD se fonde (tant pour le contrôle de régularité que pour celui du bien-fondé). La situation résultant d'une décision de placement à l'isolement ou de contention est très différente dès lors qu'elle est conçue comme décision à visée thérapeutique.

d/ Pour finir, se pose la question globale de l'office du JLD. Il est constant que la contention ajoute encore un degré de limitation de la liberté à la contrainte liée à la mesure de soins sans consentement²¹.

A cet égard, comme relevé le point a/ supra, il ne paraît pas impossible d'aller au-delà de ce le législateur avait initialement envisagé. Pour autant, il s'agirait sans doute d'une situation inédite. Il existe une autre hypothèse où une mesure ajoute un degré dans la privation de liberté, c'est le cas des sanctions disciplinaires en détention. Or, dans cette hypothèse, certes très différentes, le juge judiciaire ne s'est jamais immiscé dans le contrôle de la décision d'isolement distincte de la décision de privation de liberté.

Par ailleurs, le contrôle des mesures de contention physique ne paraît pas, en l'état, distinct du contrôle des contentions chimiques et des modalités de soins mises en oeuvre, ce qui paraît dépasser très largement l'office du JLD prévu par les lois des 5 juillet 2011 et 27 septembre 2013.

Nous pouvons relever qu'à cet égard ni les conventions internationales, ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) n'imposent un contrôle *a priori* des décisions médicales²².

²¹ Cf. Sur le point décision CC n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012 : 12. *Considérant qu'il résulte de ces dispositions qu'en permettant que des personnes qui ne sont pas prises en charge en « hospitalisation complète » soient soumises à une obligation de soins psychiatriques pouvant comporter, le cas échéant, des séjours en établissement, les dispositions de l'article L. 3211-2-1 n'autorisent pas l'exécution d'une telle obligation sous la contrainte ; que ces personnes ne sauraient se voir administrer des soins de manière coercitive ni être conduites ou maintenues de force pour accomplir les séjours en établissement prévus par le programme de soins ; qu'aucune mesure de contrainte à l'égard d'une personne prise en charge dans les conditions prévues par le 2° de l'article L. 3211-2-1 ne peut être mise en œuvre sans que la prise en charge ait été préalablement transformée en hospitalisation complète.*

²² Sur ce point il est renvoyé aux études du SDER produites ci-après :

- annexe 2 L'isolement et la contention en hôpital psychiatrique : instruments européens et internationaux pertinents (y compris le projet de Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo)
- annexe 3 Le contrôle des traitements non consentis et la Convention européenne des droits de l'homme

Il ressort de la jurisprudence de la CEDH que :

- l'isolement peut, dans des circonstances exceptionnelles, être qualifié de « privation de liberté » au sens de l'article 5, paragraphe 1^{er}, de la Convention. Cette qualification implique que le droit de faire examiner à bref délai la légalité d'une telle privation de liberté peut trouver à s'appliquer. L'examen de la jurisprudence de la CEDH n'a toutefois pas permis d'identifier un arrêt en ce sens.

- La contention peut, quant à elle, relever des articles 3 et 8 de la Convention européenne. Il en découle que l'Etat a l'obligation de garantir à la personne concernée le droit à un recours effectif et de mener une enquête effective sur la violation alléguée du volet matériel de l'article 3 de la Convention.

Il est à relever que, dans l'actuel projet de protocole additionnel à la Convention d'Oviedo, le « recours à l'isolement ou à la contention » n'est pas soumis aux mêmes dispositions que celles qui portent sur la « égalité d'un placement involontaire ou d'un traitement involontaire » pour lesquelles l'article 16 impose une procédure stricte de contrôle. Il est, en revanche, prévu que tout recours à l'isolement ou à la contention peut faire l'objet de procédures de plaintes établies par l'article 22.

Le point 129 du projet de rapport explicatif précise que : « *L'existence de systèmes de plaintes effectifs assure une protection importante des droits de l'homme et de la dignité des personnes faisant l'objet de mesures involontaires. Cet article suit les recommandations du CPT. L' 'autorité responsable' est définie à l'article 2 (voir paragraphe 34 ci-dessus). L'article 16 du Protocole additionnel permet à la personne concernée de contester la légalité d'une mesure involontaire. Toutefois, l'intéressé voudra peut-être également se plaindre de points tels que les conditions de vie, les restrictions à la communication ou le recours inapproprié à l'isolement ou à la contention (voir article 17, paragraphe 4 sur ce dernier point) ».*

En toute hypothèse, la CEDH vérifie si ont été mises en oeuvre les garanties légales appropriées et si les personnes disposent d'un recours permettant de demander à un tribunal de statuer sur la régularité de la contrainte. Qu'en est-il en l'espèce ?

4/ Un contrôle portant sur les conditions de maintien à l'isolement ou en contention est-il possible devant le juge judiciaire ?

La première question qui pourrait se poser à cet égard est celle du juge compétent pour statuer sur la contestation portant sur la mesure d'isolement ou de contention.

Au titre de la responsabilité, nous savons que deux types de fautes sont identifiés : la faute dans les actes de soins et celle dans l'organisation et le fonctionnement du service. Or, il n'est pas impossible que des difficultés surgissent quant à la qualification de la contestation d'une contention.

A priori, s'il s'agit d'une contestation portant sur une mesure médicale de soins psychiatriques sans consentement, le juge judiciaire est compétent depuis la décision du Tribunal des conflits du 17 février 1997, préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, p. 524, retenant la compétence de la juridiction judiciaire pour statuer sur l'ensemble des conséquences dommageables d'une mesure de placement en psychiatrie, y compris celles qui découlent de son irrégularité, constatée par la juridiction administrative soit par une décision d'annulation déjà prise, soit en réponse à une question préjudicielle sur renvoi de l'autorité judiciaire (CE 28 juillet 2000, M. E.A., n°151068).

Cette compétence judiciaire, qui résulte, depuis la loi du 5 juillet 2011, de l'article L. 3216-1 du CSP précité, est retenue, tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'Etat :

- 1^{re} Civ., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-24.527 : Mais attendu qu'ayant retenu, par motifs tant propres qu'adoptés, que M. F. avait établi des certificats médicaux, destinés à justifier une mesure d'hospitalisation sous la contrainte, non circonstanciés, ne démontrant pas la réalité de l'affection mentale qu'il citait ni les troubles en découlant qui auraient pu compromettre la sûreté des personnes, la cour d'appel a pu en déduire que M. F. avait, en raison de ces insuffisances qui lui étaient imputables à faute, concouru à la réalisation du préjudice subi par les époux Siboni du fait de leur internement irrégulier ; que le moyen n'est pas fondé ;

- 1/6 SSR, 20 décembre 2013, Mme M., n°352747, Lebon p. 510 : le juge administratif ne peut connaître d'une action en responsabilité contre une clinique privée au titre de soins psychiatriques, même dispensés dans le cadre d'une hospitalisation à la demande d'un tiers.

- CE, référé, 16 juillet 2012, n° 360793 : "**l'appréciation de la nécessité des décisions prises par les médecins qui participent à la prise en charge de personnes qui font l'objet de tels soins, pour autant qu'elle relève du contrôle du juge**, de même que, le cas échéant, celle de la capacité de ces personnes à y consentir, sont étroitement liées à celle du bien-fondé des mesures elles-mêmes", et relèvent de la compétence du juge judiciaire.

Il convient de relever que le Tribunal des conflits a, très récemment, étendu la compétence du juge judiciaire pour lui permettre de statuer sur le rejet d'une demande de retrait d'une décision de soins psychiatriques sans consentement (TC, 9 décembre 2019, n°4174). Cette décision retient que « **la juridiction judiciaire est ainsi seule compétente pour apprécier non seulement le bien-fondé mais également la régularité d'une mesure d'admission en soins psychiatriques sans consentement et les conséquences qui peuvent en résulter ; que, dès lors, toute action relative à une telle**

mesure doit être portée devant cette juridiction à laquelle il appartient, le cas échéant, d'en prononcer l'annulation ».

Le rapporteur public Nicolas Polge précisait dans ses conclusions, à propos de l'annulation ou du retrait des décisions de soins psychiatriques sans consentement que « Revient à cet égard au juge des libertés et de la détention un rôle éminent, mais nettement circonscrit par les termes de la loi qui définissent sa mission. Est confiée au tribunal de grande instance une compétence exprimée beaucoup plus largement « sur les demandes en réparation des conséquences dommageables résultant pour l'intéressé des décisions administratives » en cause. La notion de réparation ne se résume pas à un strict contentieux indemnitaire et peut fonder, semble-t-il, un arsenal de mesures beaucoup plus large, dont le juge civil est depuis longtemps familier et qui n'est pas non plus étranger au contentieux de la responsabilité de la puissance publique (Voyez : CE Sect. 6 décembre 2019, syndicat des copropriétaires du Monte Carlo Hill, n°417167, A) ».

A supposer que le juge civil soit donc compétent, la jurisprudence de la Cour de cassation semble permettre l'engagement de la responsabilité dès lors qu'un médecin n'a pas procédé aux actes préconisés au regard de l'état du patient. A titre d'exemple deux arrêts récents peuvent être cités :

- 1^{re} Civ., 13 novembre 2014, n° 13-22.702 : Des constatations faisant apparaître qu'un médecin n'a pas procédé aux actes préconisés au regard de l'état de son patient ne peuvent conduire à écarter sa responsabilité ;

- 1^{re} Civ., 26 septembre 2018 pourvoi n° 17-20.143, publié : La perte du dossier médical d'un patient caractérisant un défaut d'organisation et de fonctionnement conduit à inverser la charge de la preuve et à imposer à l'établissement de santé de démontrer que les soins prodigués ont été appropriés.

Mais cette compétence générale du juge de la responsabilité pourrait paraître inadaptée à une situation où l'isolement/contention serait en cours et où la demande viserait à y mettre fin à bref délai. A cet égard, seul un juge de l'urgence pourrait intervenir. L'intervention du juge des référés, compétent pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite, est-elle pertinente ?

=> C'est le président du tribunal de grande instance (le tribunal judiciaire à compter du 1^{er} janvier 2020) qui dispose du pouvoir, sur le fondement de l'article 809, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile²³ (art. 835 à compter du 1^{er} janvier 2020), même en

²³ Ainsi, aux termes de l'article 809 du code de procédure civile « *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au*

présence d'une contestation sérieuse, de prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Selon la doctrine autorisée, constitue un dommage imminent le dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer et le trouble manifestement illicite désigne toute perturbation résultant d'un fait matériel qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit. La nature ou gravité du dommage engendré par ce trouble importe peu et le juge n'a pas à rechercher s'il est ou non de nature à causer un préjudice.

Les mesures conservatoires ou de remise en état qui peuvent être ordonnées sur ce fondement ne sont pas énumérées par ces textes. Elles peuvent être de toute nature et le juge apprécie souverainement celles qui sont nécessaires pour faire cesser le trouble ou prévenir le dommage. Le pouvoir d'appréciation du juge n'est pas, cependant, sans limite : la mesure prononcée doit conserver la nature d'une mesure provisoire, tendant uniquement à la préservation des droits d'une partie. Parmi les mesures qui peuvent être ordonnées sur le fondement de ce texte on peut trouver tout à la fois des mesures négatives d'interdiction de faire, des mesures positives obligeant à faire ou des mesures d'attente.

Selon la jurisprudence, la mise en œuvre de ces dispositions n'est pas conditionnée à la constatation d'une situation d'urgence (2^e Civ., 5 mai 2011, pourvoi n° 10-19.231), même si une telle notion est implicitement contenue dans celle de dommages imminents ou de troubles manifestement illicites.

Dans certains cas, l'urgence est sous-entendue : il en va ainsi pour les atteintes à la vie privée, l'article 9 du code civil précisant que le juge peut prescrire toutes les mesures propres à faire cesser l'atteinte, même en référé. La première chambre civile juge explicitement que « la seule constatation d'une atteinte aux droits de la personne caractérise l'urgence, au sens de l'article 9 du Code civil » (1^{re} Civ., 20 décembre 2000, pourvoi n° 98-13.875, Bull. 2000, I, n° 341 ; voir aussi 1^{re} Civ., 12 décembre 2000, pourvoi n° 98-17.521, Bull. 2000, I, n°321). L'article 9 du code civil apparaît ainsi comme un fondement se suffisant à lui-même, puisqu'il absorbe, au fond, la faute dans le préjudice, et, en référé, l'urgence dans la faute.

=> Le président du tribunal de grande instance peut aussi, sur le fondement de l'article 145 du CPC, ordonner, avant tout procès, une mesure d'instruction s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige. Il suffit au demandeur de démontrer la probabilité d'un

créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

fait susceptible d'être invoqué dans un procès éventuel pour que le juge puisse ordonner une mesure d'instruction destinée à établir ou conserver la preuve de ce fait.

Par ailleurs, et ce point peut être de nature à garantir les droits dans toutes les hypothèses, le juge des référés est compétent pour ordonner une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 non seulement lorsque le litige en question relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, mais aussi lorsque le fond du litige n'est de nature à relever qu'en partie de la compétence judiciaire (Tribunal des conflits, 17 octobre 1988, n°2530, B, SA Entreprise Niay c/ SA le Toit Champenois, Lebon 495; TC, 23 janvier 1989, n°02553, Cts Kunz a.c/ Sté France Manche, Lebon, TC, 5 juillet 1999, préfet de Seine-et-Marne c/ Ass. Les Tournelles, n°99-03.162, Bull. n°23), et ce, même si une procédure est pendante devant la juridiction administrative, si la mesure concernée tend à permettre au demandeur en référé d'intenter une procédure de nature judiciaire (Com. 12 mars 1996, n°93-19.514, Bull. civ. IV, n° 83).

En résumé :

1/ Le législateur a entendu encadrer strictement les mesures d'isolement et de contention ...

2/ ... en exigeant des conditions de mise en oeuvre, la décision d'un psychiatre et une traçabilité soumise à l'examen d'instances indépendantes...

3/ ... sans pour autant prévoir à ce stade un contrôle juridictionnel spécial auquel ne semblaient le contraindre ni les normes nationales ni les conventions internationales...

4/... dans un contexte où de telles mesures peuvent faire l'objet de recours, non pas de manière systématique, mais par une action en responsabilité ou en référé.

C'est en considération de cet état du droit que la première chambre civile a rendu la décision dont l'interprétation est en cause :

- 1^{re} Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 19-20.513, publié : « 9. L'ordonnance énonce à bon droit qu'aucun texte n'impose la production devant le juge des libertés et de la détention du registre prévu à l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique consignant les mesures d'isolement et de contention, lesquelles constituent des modalités de soins. Celles-ci ne relevant pas de l'office du juge des libertés et de la détention, qui s'attache à la seule procédure de soins psychiatriques sans consentement pour en contrôler la régularité et le bien-fondé, le premier président en

a justement déduit que le grief tenant au défaut de production de copies du registre était inopérant ». ²⁴

Cette décision juge que **les mesures d'isolement et de contention constituent des modalités de soins ne relevant pas de l'office du juge des libertés et de la détention**, lequel s'attache à la seule procédure de soins psychiatriques sans consentement pour en contrôler la régularité et le bien-fondé.

La décision du 21 novembre avait été précédée, quelques jours plus tôt, d'un arrêt qui excluait également le contrôle du JLD sur une mesure d'isolement et de contention lorsqu'une telle mesure était intervenue avant la décision de placement en soins psychiatriques sans consentement :

- 1^{re} Civ., 7 novembre 2019, pourvoi n° 19-18.262, publié « 8. Il résulte des articles L. 3211-12, L. 3211-12-1 et L. 3216-1 du code de la santé publique qu'il n'appartient pas au juge des libertés et de la détention de se prononcer sur la mise en oeuvre d'une mesure médicale, distincte de la procédure de soins psychiatriques sans consentement qu'il lui incombe de contrôler.

9. L'ordonnance constate que M. X a été placé sous contention dans une chambre d'isolement d'un service d'urgence.

10. Il s'en déduit que cette mesure médicale échappait au contrôle du juge des libertés et de la détention ».

Cette décision avait été rendue sur des conclusions conformes du Premier avocat général Patrick Poirret, tandis que sur le pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt du 21 novembre l'avocate générale présentait des conclusions de l'avocate générale Céline Marilly dans le sens de la cassation pour permettre au juge de contrôler que la privation de liberté résultant d'un acte médical n'était pas arbitraire.

L'arrêt du 21 novembre 2019 a, pour l'heure, fait l'objet de plusieurs commentaires parmi lesquels nous pouvons citer ceux de :

- Mme Valérie-Odile Dervieux (Soins psychiatriques sans consentement : contrôle du juge judiciaire sur les mesures de contrainte et d'isolement, Dalloz Actualité, 16 décembre 2019), qui relève que « *La position de la Cour de cassation n'allait pas de soi. D'abord parce que de toutes les « modalités de soin », seule la contention et l'isolement concernent l'hospitalisation complète qui ressort de la compétence du juge des libertés et de la contention.*

²⁴ Voir aussi l' Avis de la Cour de cassation, 1^{re} Civ., 3 février 2020, n° 19-70.020 qui reprend la teneur de cette jurisprudence, et les conclusions sur ce point de l'avocate générale Céline Marilly.

Ensuite parce que les analyses, avis, études d'autorités nationales et internationales soulignent outre l'accroissement peu justifié de ce type de mesures, leur caractère particulièrement attentatoire à la liberté individuelle (Résolution 46/119 « Protection des personnes atteintes de maladie mentale et amélioration des soins de santé mentale », Organisation des Nations unies, 17 déc. 1991 ; Rapport 2006 de l'Organisation Mondiale de la Santé ; Cons. const. 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, AJDA 2011. 174, note X. Bioy ; ibid. 2010. 2284 ; D. 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; ibid. 2565, obs. A. Laude ; RFDA 2011. 951, étude A. Pena ; RDSS 2011. 304, note O. Renaudie ; Constitutions 2011. 108, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2011. 101, obs. J. Hauser ; CGLPL « Isolement et contention dans les établissements de santé mentale », 25 mai 2016 ; Human Rights Watch, rapport d'enquête, 5 avr. 2016, « Double peine, conditions de détention inappropriées pour les personnes présentant des troubles psychiatriques dans les prisons en France », Rapport d'information de la commission des affaires sociales, 15 févr. 2017 ; Versailles, 24 oct. 2016, n° 16/07393). Enfin parce qu'il peut paraître paradoxal, alors que le ministère de la Justice se penche en ce moment même sur la régularité des mesures de contention et d'isolement des détenus hospitalisés dans des établissements psychiatriques, que le juge judiciaire ne puisse pas/plus contrôler- même formellement- les mesures de même nature concernant les autres patients (JO 22 nov. 2019 ; CGLPL, avis du 14 oct. 2019 relatif à la prise en charge des personnes détenues atteintes de troubles mentaux et réponse du ministre de la Justice) » ;

- Mme Anne Darmstädter-Delmas, dont le point-de-vue est cité sur le site CRPA²⁵ « Le visa de l'article L. 3216-1 du code de la santé publique est à mon sens important car (...) cet article précise lui-même que le juge des libertés et de la détention ne connaît que des contestations portant sur la régularité des décisions administratives prises en application des chapitres II à IV [sur les mesures de soins sans consentement].

Or, l'isolement et la contention ne figurent pas dans ces chapitres, lesquels ne traitent que de la procédure des soins psychiatriques sans consentement (procédure qui s'entend de celle qui résulte d'une décision administrative soit du directeur soit du préfet), et non des soins mis en œuvre une fois cette procédure enclenchée, que ce soit pendant le temps d'une hospitalisation complète ou pendant le temps d'un programme de soins.

Je rappelle d'ailleurs à cet égard que le juge des libertés et de la détention ne peut jamais décider, s'il lève une mesure d'hospitalisation complète, que la personne fera l'objet d'un programme de soins, un tel programme relevant uniquement de l'office du médecin. (...) "le juge ne peut contrôler les mesures d'isolement et de contention qui sont des mesures médicales par nature », je persiste à dire que ce contrôle existe mais que le juge compétent est le juge des référés qui, en tant que gardien des libertés individuelles, peut faire cesser toute voie de fait commise par l'administration, et non le juge des libertés et de la détention qui est lui-même gardien des libertés individuelles mais uniquement dans la sphère déterminée par l'article L. 3216-1. »

- ainsi qu'un commentaire aux Editions législatives, « Contention et mise à l'isolement en psychiatrie : le JLD n'est pas compétent. Une solution logique mais qui amène de nouvelles questions » : « La solution semble assez logique. Même lorsqu'une mise à l'isolement ou en contention est accomplie illégalement, on peine à comprendre pourquoi cela affecterait la légalité de la mesure de soins en tant que telle : une mise à l'isolement excessive n'implique pas nécessairement qu'une mesure de soins soit injustifiée en général. Par ailleurs, sans doute ne faut-il pas étendre sans fin le rôle du JLD qui a déjà un travail de contrôle assez vaste à accomplir pour la vérification de la légalité de la mesure de soins.

Cependant, si le JLD n'est pas compétent pour examiner la légalité de la mise à l'isolement et de la contention, qui le serait alors ? La question, ainsi clairement ouverte par cette décision de la Cour de cassation, n'y trouve aucun élément de réponse et plusieurs thèses s'offrent à l'analyse. Une première consistera à considérer que, en tant que décision médicale relative à une modalité de soins, la mise à l'isolement et la contention relève littéralement de la « responsabilité » médicale. Autrement dit, aucun juge n'est compétent pour renverser cette décision au moment de sa mise en œuvre. Seul le juge de l'indemnisation, à savoir le tribunal de grande instance, pourrait intervenir en identifiant après coup les excès ou irrégularités dans le déclenchement ou le déroulement de ces « modalités de soins » et ordonner que le préjudice qu'ils ont généré soit compensé économiquement. Une deuxième analyse consistera à considérer qu'il n'est pas satisfaisant qu'aucun juge ne puisse intervenir sur le moment pour faire cesser une mesure injustifiée. Le contrôleur général des lieux de privation de liberté n'a-t-il d'ailleurs pas maintes fois souligné, ces dernières années, que bien des établissements ont un recours trop systématique voire absolument excessif à ces mesures ? Une récente recommandation en urgence du contrôleur général des lieux de privation de liberté pour un établissement normand pointait diverses situations inacceptables : décisions psychiatriques de mise à l'isolement « si besoin », « autant que nécessaire » ou encore prises pour une validité de quinze jours voire d'un mois. Des motifs punitifs ou la volonté de contraindre à la thérapie des personnes, y compris en soins libres, motivent parfois le recours à l'isolement. Il faut donc sans doute pouvoir intervenir rapidement au travers d'une action en référé pour faire cesser des atteintes manifestes aux droits de l'individu. Mais alors, vers quel ordre juridictionnel se tourner ? Vers le juge judiciaire au travers d'un référé reposant sur la voie de fait, ou vers le juge administratif sur le fondement du référé-liberté ? Bref, ce thème de l'isolement et de la contention ouvre à nouveau la question de l'inachèvement de l'unification du contentieux opéré par la loi du 5 juillet 2011 et des nombreuses béances qu'elle a laissé subsister. Il faudra attendre la jurisprudence ultérieure pour pouvoir trancher. »

2-4-2 Analyse de l'atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 66 de la Constitution.

Il est soutenu que l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 66 de la Constitution.

Aux termes de l'article 66 de la Constitution :

« Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

Il convient de rechercher si ces dispositions s'appliquent à la contention (a) et dans quelles conditions elles s'imposent au législateur (b).

a- Les mesures en cause relèvent-elles de l'article 66 de la Constitution ?

Le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle de la liberté individuelle dans sa décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977 (cons. 1), en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil a ensuite rattaché la liberté individuelle à l'article 66 de la Constitution dans sa décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980 (cons. 4).

Après avoir retenu une conception large de la notion de « liberté individuelle », incluant le respect de la vie privée, la liberté du mariage, l'inviolabilité du domicile et la liberté d'aller et venir, le Conseil constitutionnel, « depuis la décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, [...] a stabilisé sa jurisprudence autour d'une définition plus étroite de la liberté individuelle, en ne se référant à l'article 66 de la Constitution que dans le domaine des **privations de liberté** (garde à vue²⁶, détention, rétention²⁷, **hospitalisation sans consentement**) » (commentaire autorisé de la décision n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, p. 7). Nous pouvons ajouter à cette liste les placements en zone d'attente²⁸, en rétention de sûreté²⁹ et en chambre de sûreté pour les personnes en état d'ébriété³⁰.

²⁶ décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010

²⁷ décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, cons. 14

²⁸ décision n°92-307 DC du 25 février 1992

²⁹ décision n° 2008-562 QPC du 21 février 2008, cons. 14

³⁰ décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012

Cette conception stricte de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution a permis au Conseil constitutionnel d'admettre la conformité à ce texte de dispositions législatives habilitant l'autorité administrative, agissant sous le seul contrôle du juge administratif, à prendre des mesures telles que des assignations à résidence, même assorties, dans une certaine mesure, d'astreintes à domicile³¹.

La jurisprudence constitutionnelle considère désormais que les mesures portant atteinte à la liberté d'aller et venir ne mettent pas nécessairement en jeu la liberté individuelle mentionnée à l'article 66 de la Constitution, sauf à ce qu'elles soient assimilables, par leur ampleur, à des mesures privatives de liberté, telles que la garde à vue, la détention, la rétention ou l'hospitalisation sans consentement. Dans ce contexte, la première difficulté consiste à déterminer si le placement à l'isolement ou en contention relève de l'article 66.

En effet, il ne paraît pas contestable que l'isolement et la contention ajoutent à la mesure privative de liberté que constitue l'hospitalisation complète contrainte, un degré de privation additionnel.

Et il apparaît que ce degré de privation additionnel porte une atteinte supplémentaire à la liberté d'aller et venir. Cependant, la liberté d'aller et venir n'est plus regardée par le Conseil constitutionnel comme synonyme de la liberté individuelle protégée par l'article 66 de la Constitution (cf. décisions n° 92-307 DC du 25 février 1992, cons. 12 à 17 et n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 3). La protection de la liberté d'aller et venir est fondée sur les dispositions des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de

³¹ Le Conseil constitutionnel ne fait donc pas entrer dans la notion de « privation de liberté » :

- les arrêts militaires (décision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015, cons.8) ;
- les mesures de police administrative telles l'assignation à résidence (concernant les étrangers : décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. 68 ; concernant les assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence : décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, cons. 5).

Toutefois, dans la décision n° 2015-527 QPC, le Conseil constitutionnel, examinant la mesure complémentaire d'astreinte à domicile, a jugé « que la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution » (cons. 6). Le Conseil a ensuite jugé, dans sa décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, que « [l]a seule prolongation dans le temps d'une mesure d'assignation à résidence ordonnée dans les conditions prévues par l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 n'a toutefois pas pour effet de modifier sa nature et de la rendre assimilable à une mesure privative de liberté. Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté » (cons. 7).

Le commentaire autorisé de la décision précise que « [l]es modalités d'exécution d'une mesure peuvent en effet modifier sa nature : lorsque les contraintes imposées à l'intéressé excèdent, par leur rigueur, une restriction de la liberté de circulation, au point de le confiner en pratique en un lieu déterminé, fût-il son domicile, l'assignation à résidence est assimilable à une privation de liberté. En revanche, la seule prolongation de la mesure n'affecte pas sa nature. Si la prolongation d'une restriction à la liberté d'aller et de venir peut justifier des garanties supplémentaires [...], le Conseil constitutionnel a considéré qu'en l'absence d'entrave supplémentaire dans la liberté de mouvement de la personne assignée, l'assignation ne devenait pas privative de liberté du seul fait de son renouvellement » (p. 9).

l'homme et du citoyen (décisions n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 2 et 20 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 8 ; n°2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 4 ; n° 2017-631 QPC du 24 mai 2017, cons. 10).

Le supplément de privation de liberté est tel (privation totale lorsqu'une immobilisation résulte d'une entrave des jambes et des bras sur un lit) qu'il y a toutefois lieu de s'interroger sur la nature et les effets d'une telle mesure ³².

En effet, Il résulte de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008³³ sur la rétention de sûreté, que la nécessité de la privation de liberté est appréciée par un triple contrôle d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité de la mesure (cons. 13). S'y ajoute une exigence d'absence de rigueur non nécessaire.

=> N'y a-t-il donc pas lieu de considérer qu'une mesure de contention ou d'isolement (même décidée par un médecin et constituant en cela une mesure médicale) relève en soi de la privation de liberté dont le juge judiciaire est le garant au titre de l'article 66 de la Constitution ?

S'il est répondu positivement sur ce point, il conviendra encore de rechercher quel type d'intervention impose l'article 66 de la Constitution.

b- Quelle est la marge de manoeuvre du législateur dans la fixation du contrôle opéré sur les mesures en cause par le juge judiciaire ?

Aux termes de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire – qui comprend, selon la jurisprudence constante du Conseil, les magistrats du siège et ceux du parquet (décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, cons. 5) – est gardienne de la liberté individuelle. À ce titre, c'est sous l'autorité de ces magistrats que doivent intervenir les mesures privatives de liberté (commentaire de la décision n° 2010-80 QPC, p. 7).

=> Il ressort notamment de la jurisprudence constitutionnelle que « dans l'exercice de sa compétence, **le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter** » (décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, cons. 14 ; décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, cons. 5).

En outre, « 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

³² Rappelons que le code de la santé publique ne propose pas de définition de l'isolement ou de la contention.

³³ cf. aussi décision n° 2017-624 QPC du cons. 5

saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté » (décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, cons. 20).

En revanche, passé un certain délai, toute privation de liberté, qu'elle relève de la police administrative ou judiciaire, doit résulter d'une décision judiciaire. Le Conseil constitutionnel juge à cet égard que « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible » (décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, cons. 4). Pour le dire autrement, il existe donc un délai pendant lequel une personne peut être privée de liberté par une autorité responsable. Cependant cette durée ne peut être dépassée sans l'intervention du juge judiciaire.

Le Conseil constitutionnel a évalué des durées maximales différentes selon les procédures en cause :

- 48 heures pour la garde à vue (décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, cons. 26),
- 7 jours pour la rétention administrative (décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. 73),
- 15 jours en ce qui concerne l'hospitalisation sans consentement (décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, cons. 25).

Il peut être immédiatement relevé que le législateur a retenu des délais plus brefs dans chacune de ces hypothèses.

=> Il existe, par ailleurs, deux domaines où le Conseil constitutionnel propose une approche nuancée des circonstances conduisant à la limitation de la liberté :

1- Tout en relevant l'existence d'une privation de liberté, le Conseil constitutionnel n'impose pas systématiquement un contrôle du juge : c'est le cas du placement en chambre de sûreté (cellule de dégrisement).

Dans la décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, le Conseil constitutionnel était appelé à se prononcer sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 3341-1 du code de la santé publique.

Le requérant alléguait qu'« en permettant que les personnes trouvées sur la voie publique en état d'ivresse puissent être privées de leur liberté pour une durée indéterminée par une mesure de police non soumise au contrôle de l'autorité judiciaire et en fondant l'appréciation de l'ivresse sur la seule évaluation subjective d'un agent de la police ou de la gendarmerie nationales, ces dispositions méconnaissent la protection constitutionnelle de la liberté individuelle » (cons. 2).

Le Conseil constitutionnel a jugé que « prévu, organisé et limité par la loi, le placement en chambre de sûreté n'est pas une détention arbitraire ; que, le cas échéant, la faute

commise par les agents de la police ou de la gendarmerie nationales dans l'exercice de leurs attributions engage la responsabilité de la puissance publique devant la juridiction compétente » (cons. 6). Il a en outre considéré qu' « eu égard à la brièveté de cette **privation de liberté organisée à des fins de police administrative** par les dispositions contestées, l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution » (cons. 8). Le Conseil a néanmoins formulé une réserve d'interprétation : « considérant, toutefois, que lorsque la personne est placée en garde à vue après avoir fait l'objet d'une mesure de privation de liberté en application du premier alinéa de l'article L. 3341-1 du code de la santé publique, la protection constitutionnelle de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire exige que la durée du placement en chambre de sûreté, qui **doit être consignée** dans tous les cas par les agents de la police ou de la gendarmerie nationales, soit **prise en compte dans la durée de la garde à vue** » (cons. 9).

2- A propos de l'incompétence négative en matière de régime applicable aux personnes privées de leur liberté, le Conseil a examiné :

- dans sa décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009 sur la loi pénitentiaire, des dispositions relatives à la discipline des détenus. **Il a estimé qu'en lui-même le régime disciplinaire des personnes détenues ne figure pas au nombre des matières qui relèvent de la loi.** Il a toutefois également estimé qu'il appartient au législateur « de garantir les droits et libertés des personnes détenues dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention » (cons. 4). Le Conseil constitutionnel a ainsi, d'une part, rappelé l'exigence constante selon laquelle le législateur ne saurait priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel et, d'autre part, précisé que la protection des droits et libertés des personnes détenues s'entend dans les limites inhérentes à leur situation pénitentiaire.

- dans sa décision n° 2013-367 QPC du 14 février 2014 sur les conditions de prise en charge en unités pour malades difficiles (UMD), le placement en UMD et considéré qu'il ne nécessitait pas de régime législatif, en raison de l'absence de régime juridique attaché à ce placement plus rigoureux que celui applicables pour les autres types de placement en hospitalisation d'office : « Considérant qu'à l'exception des règles que le Conseil constitutionnel a déclarées contraires à la Constitution dans sa décision du 20 avril 2012 précitée, le régime juridique de privation de liberté auquel sont soumises les personnes prises en charge dans une unité pour malades difficiles n'est pas différent de celui applicable aux autres personnes faisant l'objet de soins sans leur consentement sous la forme d'une hospitalisation complète ; qu'en particulier, leur sont applicables les dispositions de l'article L. 3211-3 du code de la santé publique, qui fixent les droits dont ces personnes disposent en tout état de cause, et les dispositions de l'article L. 3211-12, qui leur reconnaissent le droit de saisir à tout moment le juge des libertés et de la détention **aux fins d'ordonner, à bref délai, la mainlevée de la mesure quelle qu'en soit la forme ; qu'en renvoyant au décret le soin de fixer les modalités de prise en charge en unité pour malades difficiles** des personnes faisant l'objet d'une mesure de soins psychiatriques sans leur

consentement en hospitalisation complète et qui présentent pour autrui un danger tel que les soins, la surveillance et les mesures de sûreté nécessaires ne peuvent être mis en oeuvre que dans une unité spécifique, **le législateur n'a privé de garanties légales ni la protection constitutionnelle de la liberté individuelle** ni les libertés qui découlent des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ; que les dispositions contestées n'affectent par elles-mêmes aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ; que, par suite, le grief tiré de ce que le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence doit être écarté ».

Il conviendra cependant de s'interroger sur le sens de « l'absence de régime juridique plus rigoureux » qui, si elle s'applique aux mesures de sûreté des UMD, n'est peut-être pas transposable aux mesures de contention.

=> Au regard, plus spécifiquement, de la mesure de soins psychiatriques sans consentement, la décision du 26 novembre 2010, qui a posé le cadre du contrôle judiciaire, a été suivie de six autres décisions QPC dont il convient d'examiner les apports quant à la nature du contrôle exercé par le juge judiciaire.

La décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, marque l'histoire de l'encadrement des mesures de soins contraints en exposant les deux séries de principes dont il s'agit d'assurer la conciliation : d'un côté, **la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public**, de l'autre, les libertés constitutionnellement garanties (dont l'article 66 de la Constitution). L'ensemble résulte du considérant de principe suivant :

« 16. Considérant que l'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel **la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire** ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées,

nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ; ». (voir aussi : décision n° 2011-135/140 QPC, cons. 7 et 13³⁴ ; décision n° 2011-174 QPC, cons. 6).

En ce qui concerne le maintien de l'hospitalisation, le Conseil a jugé que « **la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; que, toutefois, les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai ; qu'en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L. 337 méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution ; qu'en outre, ni l'obligation faite à certains magistrats de l'autorité judiciaire de visiter périodiquement les établissements accueillant des personnes soignées pour des troubles mentaux, ni les recours juridictionnels dont disposent ces personnes pour faire annuler la mesure d'hospitalisation ou y mettre fin ne suffisent à satisfaire à ces exigences** » (cons. 25). Ainsi, puisqu' « aucune disposition législative ne soumet le maintien de l'hospitalisation d'une personne sans son consentement, en application de l'article L. 337 du code de la santé publique, à une juridiction judiciaire dans des conditions répondant aux exigences de l'article 66 de la Constitution » (cons. 26), le Conseil déclare cette disposition contraire à la Constitution.

Le commentaire autorisé de la décision précise que : « s'agissant des malades mentaux, [l'exigence d'une intervention judiciaire] n'est pas respectée par l'état du droit. Certes, la liberté de saisir le juge leur est reconnue. **Il est toutefois paradoxal que ce soit ceux dont les facultés sont altérées dans des conditions qui peuvent faire obstacle à ce qu'elles puissent exercer effectivement le droit de recours au juge qui soient, en France, les seules personnes pour qui la privation de liberté n'est pas soumise à un contrôle systématique de l'autorité judiciaire mais n'est soumise à ce contrôle qu'au prix d'un acte de leur part** qui, au demeurant, les contraint à manifester leur défiance envers ceux qui les soignent » (p. 12).

=> A cet égard, la situation de la personne soumise à une décision de contention pourrait être assimilée à celle de l'hospitalisation complète. Si le contrôle de la seconde, désormais instauré depuis la loi du 5 juillet 2011, n'inclut pas celui de la première, ne faut-il pas craindre que le fait d'imposer « un acte de leur part » méconnaisse également la protection de la liberté individuelle ?

³⁴ Dans sa décision n° 2011-135/140 QPC, le Conseil constitutionnel, a transposé le raisonnement qu'il avait tenu dans la décision n° 2010-71 QPC au maintien de l'hospitalisation d'office. Il a ainsi jugé que « pour les mêmes motifs que ceux retenus dans la décision du 26 novembre 2010 susvisée, les dispositions de l'article L. 3213-4, qui permettent que l'hospitalisation d'office soit maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution » (cons. 13).

Dans la décision de 2010, le Conseil a considéré que ni le fait que le code de la santé publique ait confié à l'autorité judiciaire la mission de visiter les établissements qui accueillent des personnes hospitalisées, ni qu'il ait confié la protection de la liberté individuelle à une commission administrative, à qui la loi ne peut valablement confier la protection de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, ne pouvaient pallier l'absence d'intervention systématique d'une juridiction de l'ordre judiciaire, au-delà de quinze jours.

En revanche, « le Conseil n'a pas défini dans sa décision les modalités de l'intervention de la juridiction de l'ordre judiciaire exigée par sa décision. La définition de ces modalités relève de la compétence du législateur à qui il appartient de fixer les règles les plus adaptés à la situation des malades et à l'examen de la question de la nécessité de l'hospitalisation (composition de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente, modalités procédurales particulières...). Le Conseil a seulement exigé que l'hospitalisation sur demande d'un tiers ne puisse se poursuivre sans une intervention systématique de cette juridiction » (commentaire autorisé, p. 14).

Dans la décision postérieure du 2 décembre 2011³⁵ (mais portant sur les dispositions antérieures de la loi du 30 juin 1838), le Conseil constitutionnel était saisi des dispositions concernant le placement dit « volontaire » (à la demande des familles).

Comme le souligne le commentaire autorisé de la décision, les articles L. 337 à L. 340 du CSP « **posaient un problème de constitutionnalité 'en tant que ne pas', dès lors qu'aucun contrôle judiciaire de la privation de liberté n'était organisé.** La loi de 1838 avait prévu qu'une personne placée en hôpital psychiatrique devait y demeurer tant que les médecins n'avaient pas déclaré sa guérison » (p. 3). Le Conseil a jugé que « **pour les mêmes motifs que ceux retenus dans les décisions du 26 novembre 2010 et du 9 juin 2011 susvisées, les dispositions des articles L. 337 à L. 340 du code de la santé publique, qui permettaient que l'hospitalisation d'une personne atteinte de maladie mentale soit maintenue au-delà de quinze jours dans un établissement de soins sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution ; que, par suite, elles doivent être déclarées contraires à la Constitution** » (cons. 13).

La décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012 porte notamment sur les mesures de soins sans consentement prenant la forme d'un programme de soins (soins ambulatoires) prévu à l'article L. 3211-2 -1 CSP, mesures pour lesquelles l'article L. 3211-12-1 CSP ne prévoit pas de contrôle systématique du JLD.

L'association requérante alléguait qu'« en permettant que des soins psychiatriques comportant notamment des «séjours effectués dans un établissement» puissent être

³⁵ Décision n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011

imposés à une personne sans que ces soins fassent l'objet d'un contrôle systématique par une juridiction de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L. 3211-2-1 du code de la santé publique méconnaissent la protection constitutionnelle de la liberté individuelle » (cons. 9).

Le commentaire autorisé de la décision souligne que « ce grief soulevait une question importante : le régime des soins sans consentement, hors de l'hospitalisation complète, peut-il faire l'objet de mesures d'exécution forcée sur la personne du malade ? En d'autres termes, d'une part, si une personne est soumise à l'obligation de prendre un traitement régulièrement, les services de santé psychiatrique peuvent-ils se rendre à son domicile pour administrer ce traitement de force ? D'autre part, si cette personne est soumise à l'obligation de séjour en établissement, peut-on l'emmener de force en établissement et l'y maintenir contre son gré ? » (p. 5).

Le Conseil constitutionnel a jugé que « les dispositions de l'article L. 3211-2-1 n'autorisent pas l'exécution d'une telle obligation sous la contrainte ; que ces personnes ne sauraient se voir administrer des soins de manière coercitive ni être conduites ou maintenues de force pour accomplir les séjours en établissement prévus par le programme de soins ; qu'aucune mesure de contrainte à l'égard d'une personne prise en charge dans les conditions prévues par le 2° de l'article L. 3211-2-1 ne peut être mise en œuvre sans que la prise en charge ait été préalablement transformée en hospitalisation complète ; que, dans ces conditions, le grief tiré de la violation de la liberté individuelle manque en fait » (cons. 12).

Le commentaire autorisé explicite ce passage de la décision du Conseil : « **l'obligation de soins [sans hospitalisation complète] ne constitue pas une privation de la liberté individuelle. Elle implique seulement une restriction apportée à la liberté personnelle. Ces soins sans hospitalisation complète ne requièrent donc pas les mêmes garanties que l'hospitalisation complète qui est mise en œuvre, le cas échéant, par la contrainte physique** » (p. 7).

La doctrine considère que la loi a mis en place une "contractualisation du soin" aux termes de laquelle le psychiatre propose au malade un marché : soit une liberté partielle tant qu'il coopère correctement au programme de soins, soit l'hospitalisation complète en cas de rupture de ce programme.

La mise en oeuvre des soins, repose ainsi sur une "forme inédite de contrainte consentie"³⁶, qualifiée de simple "adhésion aux soins", à défaut de pouvoir la désigner comme un véritable consentement puisqu'elle est obtenue sous la pression³⁷.

Le Conseil distingue donc clairement, par cette décision de 2012, les mesures mettant en oeuvre une contrainte (qui constituent une privation de liberté et imposent un contrôle systématique du juge) et les mesures qui ne sont que des restrictions de liberté, sans contrainte physique. Il paraît difficile de considérer que les mesures de contention relèveraient de cette seconde catégorie. Mais doit-on en déduire qu'elle relèvent de la première ? La contrainte, qui impose le contrôle du JLD, n'est-elle pas celle qui résulte de la décision administrative plutôt que celle qui résulte de la modalité de soins que constitue la contention ?

Alors que le contrôle opéré par le JLD est ciblé sur la décision de soins sans consentement en hospitalisation complète décidée par une autorité administrative (directeur d'établissement ou préfet), le législateur pouvait-il s'abstenir d'organiser un contrôle systématique du juge judiciaire sur les mesures de contention et d'isolement décidées par un psychiatre dans les conditions prévues à l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique ?

Cette question présente-t-elle un caractère sérieux ?

3 - Orientation proposée : formation de constitutionnalité de section

Nombre de projet(s) préparé(s) : 2

³⁶ E. Péchillon, Le pouvoir médical face au refus de consentement : un savant dosage effectué par le juge des référés, note ss TA Rennes, 18 juin 2012, n° 1202373, Mme A c/ CHS Guillaume Régnier : JCP A 2012, 2321

³⁷ Mathias Couturier, La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? : Revue de droit sanitaire et sociale 2014, p. 120