

N° P 19-40.039

Décision attaquée : Ordonnance du 6 décembre 2019 du JLD du TGI de Versailles
M. le directeur du Centre hospitalier de Saint-Germain-en-Laye
C/

ATY, en sa qualité de curateur,
M. [REDACTED]

Stéphanie Gargoullaud, conseiller rapporteur
Anne Caron-Dégliise, avocat général, et Céline Marilly, avocat général référendaire
Assistées du SDER

Question prioritaire de constitutionnalité

Audience du 3 mars 2020 - Formation de section (FS)

Avis

Renvoi au Conseil constitutionnel

Plan

- 1- Faits et procédure.
- 2- Énoncé de la question prioritaire de constitutionnalité.
- 3- Recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité.
- 4- Examen des conditions du renvoi de la question au Conseil constitutionnel.
 - 4.1. Sur la nature législative des dispositions contestées.
 - 4.2. Sur l'applicabilité des dispositions de l'article L 3222-5-1 du code de la santé publique au litige.
 - 4.3. L'absence de déclaration de conformité à la Constitution.
 - 4.4. La nouveauté de la question.
 - 4.5. Le caractère sérieux de la question posée.
 - A - Les principes du droit des soins sans consentement et leur évolution contemporaine.**
 - A.1. Les principes.
 - a) Le bouleversement apporté par les lois des 5 juillet 2011 et 27 septembre 2013.
 - b) Le rôle spécifique du juge des libertés et de la détention.
 - A.2. L'évolution contemporaine des questions relatives aux soins sans consentement.
 - a) L'étendue des compétences du JLD et les difficultés liées à l'absence de définition de l'isolement et de la contention.
 - b) Le fort mouvement en faveur d'un encadrement plus strict des mesures d'isolement et de contention.
 - B - Les dispositions de l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, interrogent-elles sérieusement sur la violation de l'article 66 de la Constitution ?**
 - B.1. Les mesures de contention et d'isolement, privatives de liberté, doivent-elles faire l'objet d'un contrôle juridictionnel ?
 - B.2. le contrôle des mesures de contention et d'isolement relève-t-il de l'office du JLD?

1- Faits et procédure.

██████████, né le 21 novembre 1976 à Paris (75004), fait l'objet depuis le 26 novembre 2019 au Centre hospitalier de Saint-Germain-en-Laye d'une mesure de soins psychiatriques sans consentement, sous la forme d'une hospitalisation complète, sur la décision du directeur d'établissement, en application de l'article L. 3212-3 du code de la santé publique. Cette décision a été prise en urgence et à la demande d'un tiers, Mme Méronique Ciroix, mère de ██████████.

Le 2 décembre 2019, le directeur du Centre hospitalier de Saint-Germain-en-Laye a saisi le juge des libertés et de la détention afin qu'il soit statué sur cette mesure, conformément aux dispositions des articles L 3211-12-1 et suivant du code de la santé publique.

Par ordonnance du 6 décembre 2019, après avis du procureur de la République favorable au maintien de la mesure, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Versailles a notamment, sur le fond de la requête de l'établissement d'accueil, ordonné la mainlevée de la mesure d'hospitalisation psychiatrique complète sans consentement avec effet différé de vingt quatre heures maximum après avoir constaté que l'actuel curateur de ██████████ n'avait pas été convoqué à l'audience, "ce qui porte nécessairement atteinte à ses droits".

Cette décision a par ailleurs ordonné la transmission à la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par ██████████ dans un écrit distinct et motivé du 4 décembre 2019. Le ministère public avait conclu à la recevabilité de la question et, sur le fond, au défaut de caractère sérieux.

2- Enoncé de la question prioritaire de constitutionnalité.

La Cour de cassation est saisie de la question prioritaire de constitutionnalité ainsi libellée :

" 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 oeuvre dans les établissements de soins psychiatriques."

3- Recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité.

L'article 61-1 de la Constitution dispose :

" Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution

*garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.
Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. ”*

A titre liminaire, il sera observé que le JLD, en l'espèce, a statué au fond et a levé la mesure d'hospitalisation psychiatrique complète sans consentement avec effet différé de vingt quatre heures maximum après avoir constaté que l'actuel curateur du patient n'avait pas été convoqué à l'audience, ce qui selon le juge "porte nécessairement atteinte à ses droits". Les dispositions de l'article L. 3211-12-1 du code de la santé publique imposent en effet au juge de statuer dans un délai déterminé, ce qui le conduit dans la plupart des situations à renoncer à surseoir à statuer pour attendre la décision relative à la QPC. L'article 23-3, alinéa 3, de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 lui ouvre en effet cette possibilité. En la cause, il convient de relever que le JLD a statué au fond en retenant le moyen soulevé tiré de l'atteinte portée aux droits du patient par le défaut de convocation de son curateur.

Le Conseil constitutionnel exige à peine d'irrecevabilité que, *“ pour exercer le droit qui lui est reconnu par l'article 61-1 de la Constitution, toute partie à une instance doit, devant la juridiction saisie, spécialement désigner, dans un écrit distinct et motivé, d'une part, soit les dispositions pénales qui constituent le fondement des poursuites, soit les dispositions législatives qu'elle estime applicables au litige ou à la procédure et dont elle soulève l'inconstitutionnalité et, d'autre part, ceux des droits ou libertés que la Constitution garantit auxquels ces dispositions porteraient atteinte.”*

La Cour de cassation a rappelé à de multiples reprises que la précision de la question est une condition de sa recevabilité. Celle-ci doit clairement faire apparaître la disposition dont l'inconstitutionnalité est alléguée, l'identification précise des droits et libertés garantis par la Constitution invoqués et en quoi la disposition visée ne serait pas conforme à ces droits et libertés.

Elle déclare irrecevables les questions qui se limitent à invoquer une atteinte générale aux droits et libertés garantis par la Constitution ou dont l'inconstitutionnalité alléguée n'est pas suffisamment motivée pour permettre de caractériser l'incidence précise de la disposition législative en cause sur ces droits et libertés (par exemple : Com., 7 mars 2019, pourvoi n° 18-40.047 ; Soc., 18 décembre 2018, pourvoi n° 18-40.036 ; Soc., 15 novembre 2018, pourvoi n° 18-40.034 ; Soc., 9 octobre 2018, pourvoi n° 18-40.030 ; Soc., 11 juillet 2018, pourvoi n° 18-40.023; 1^{ère} Civ., 7 septembre 2017, pourvoi n° 17-13.290 ; 2^{ème} Civ., 17 mars 2016, pourvoi n° 15-24.290; 2^{ème} Civ., 12 février 2015, pourvoi n° 14-22.173).

Lorsqu'une interprétation jurisprudentielle est en cause, la question doit aussi préciser même sommairement, le sens de cette interprétation et en quoi celle-ci porterait atteinte aux droits et principes constitutionnels invoqués (Com., 12 avril 2018, pourvoi n° 18-40.005).

En l'espèce, l'écrit distinct et motivé de ~~la partie~~ a clairement formulé la question de constitutionnalité posée relativement à l'interprétation jurisprudentielle de l'article L. 3222-5 du code de la santé publique au regard de l'article 66 de la Constitution en ce

que les dispositions de ce texte du code de la santé publique ne prévoient pas de contrôle juridictionnel systématique des mesures d'isolement et de contention mises en oeuvre dans les établissements de soins psychiatriques.

4- Examen des conditions du renvoi de la question au Conseil constitutionnel.

Les articles 23-2 et 23-4 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, précisent que la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel est soumise à quatre conditions :

- la disposition contestée doit être de nature législative,
- elle doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites, elle ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances,
- la question doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux.

Il sera rappelé que, outre le fait que seule la loi peut être l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, la disposition législative critiquée doit porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit (Const. 4 oct. 1958, art. 61-1), droits et libertés contenus non seulement dans la Constitution mais aussi dans son Préambule et dans les textes auxquels ce dernier renvoie, à savoir :

- la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ;
- le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;
- la Charte de l'environnement de 2004.

4.1. Sur la nature législative des dispositions contestées.

Au cas présent, la QPC vise l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique ainsi rédigé :

“ 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 oeuvre doit faire l'objet d'une surveillance stricte confiée par le directeur de 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 privatifs de libertés 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 oeuvre. 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. "

Le caractère législatif de cette disposition ne fait aucun doute.

Mais la QPC porte sur l'interprétation de cette disposition par la Cour de cassation dans son arrêt n° 1075 du 21 novembre 2019 (19-20.513).

Nous savons que, depuis une décision du 6 octobre 2010 (Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010), le Conseil constitutionnel admet "qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition". Le Conseil est venu par la suite préciser qu'il est néanmoins nécessaire que cette jurisprudence ait été soumise à la Cour suprême compétente (Décision 2011-120 QPC du 8 avril 2011) et que cette jurisprudence puisse être considérée comme constante même si elle résultait d'un seul arrêt (Décision n° 2010-39 précitée).

Marc Guillaume a précisé que l'interprétation jurisprudentielle en cause dans la QPC, peut résulter autant « d'arrêts successifs et non remis en cause, allant tous dans le même sens » que d'« un arrêt [qui] traduit l'orientation claire de la Cour suprême de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire ».¹

La Cour de cassation a, à de nombreuses reprises, pris en considération les questions prioritaires de constitutionnalité contestant des dispositions législatives telles qu'interprétées par elle-même, de manière constante. (2e Civ., 11 janvier 2018, pourvoi n° 17-20.259, publié ; Soc., 7 juin 2018, pourvoi n° 17-28.056 ; 1^{re} Civ., 3 octobre 2018, pourvoi n° 18-13.828,).

Elle a d'ailleurs transmis un certain nombre de ces questions prioritaires de constitutionnalité (1re Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 12-40.013 ; Soc., 16 septembre 2015, pourvoi n° 15-40.027, Bull. n° 163 ; Soc., 6 juillet 2016, pourvoi n° 16-12.970, Bull. n° 148 ; 1re Civ., 8 juillet 2015, pourvoi n° 15-40.021).

Très récemment, la première chambre civile a renvoyé au Conseil constitutionnel une QPC portant sur l'interprétation donnée par la Cour de cassation de l'article L.556-1 du CESEDA, dans un arrêt unique publié du 6 mars 2019 pourvoi n°18-13.908.

En l'espèce, dans un arrêt unique du 21 novembre 2019, la première chambre civile, a indiqué qu'aucun texte n'impose la production devant le juge des libertés et de la

¹ Marc Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », in Répertoire de contentieux administratif, 2018, § 177 et suivants

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 relèvent 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. Elle a ainsi rendu un arrêt de principe, très clair, précis et de nature à justifier un examen par le Conseil constitutionnel.

4.2. Sur l'applicabilité des dispositions de l'article L 3222-5-1 du code de la santé publique au litige.

Le critère de l'applicabilité au litige de la disposition législative contestée est laissé à la seule appréciation des cours suprêmes de renvoi, le Conseil constitutionnel ayant jugé "qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23- 5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites" (décision n°2010-1 QPC du 28 mai 2010, cons. 6). La Cour de cassation s'attache, dès lors, à vérifier l'existence d'un lien réel entre la ou les disposition(s) critiquée(s) et l'objet de la demande du justiciable.

En l'espèce, il ne fait pas de doute que les dispositions critiquées, ci-dessus reproduites, sont applicables au litige.

4.3. L'absence de déclaration de conformité à la Constitution.

Il résulte du recueil des dispositions déclarées conformes, accessible sur le site internet du Conseil constitutionnel, que l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique n'a pas déjà été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. Aucune QPC n'est en cours sur ce texte précis.

4.4. La nouveauté de la question.

Le critère de nouveauté s'apprécie au regard de la norme constitutionnelle invoquée.²

En l'espèce, les questions posées ne sont pas nouvelles dès lors que le Conseil constitutionnel s'est prononcé à de multiples reprises sur l'application des textes dont la violation est invoquée (articles 66 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen).³

4.5. Le caractère sérieux de la question posée.

Avant d'examiner les droits constitutionnels dont ~~le requérant~~ soutient qu'ils sont

² Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 (cons. 21).

³ Tables d'analyses du Conseil constitutionnel du 4 octobre 1958 au 4 octobre 2019

méconnus par l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique tel qu'interprété par la Cour de cassation dans son arrêt du 21 novembre 2019 (pourvoi n° 19-20.513) précité (B), il est nécessaire de faire le point sur les principes du droit des soins sans consentement (en particulier sur les champs respectifs du médical et du contrôle des juges) et sur leur évolution contemporaine (A).

A - Les principes du droit des soins sans consentement et leur évolution contemporaine.⁴

A.1. Principes.

La contrainte dans les soins constitue à des degrés divers une atteinte à l'autonomie de la personne malade et une entorse au serment d'Hippocrate prêté par les médecins, appelés à prodiguer aux patients tous les soins dont ils ont besoin, à les protéger, à respecter leur volonté et dans la mesure du possible à les rétablir. Le libre consentement aux soins est lui-même, de manière générale, un droit fondamental garanti en particulier par l'article L 1111-4 du code de la santé publique, tout comme le droit à l'intégrité physique et psychique. En psychiatrie, l'article L 3211-2 du même code, dispose que la personne admise librement en soins "*dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux reconnus aux malades soignés pour une autre cause.*" Cependant, le législateur a prévu des modalités de contrainte dans les soins psychiatriques qu'il a strictement encadrées, disposant en particulier que l'exercice des libertés individuelles des personnes contraintes aux soins psychiatriques peut être restreint, à condition toutefois que ces restrictions apparaissent "*adaptées, nécessaires et proportionnées à (leur) état de santé mentale et à la mise en oeuvre du traitement requis*" (Csp., art. L 3211-3). De surcroît, avant chaque décision prononçant le maintien des soins ou définissant la forme de la prise en charge, la personne doit, dans la mesure où son état le permet, être informée de ce projet de décision et mise à même de faire valoir ses observations, par tout moyen et de manière appropriée à son état.⁵

a) Le bouleversement apporté par les lois des 5 juillet 2011 et 27 septembre 2013.

Le droit français de la psychiatrie sous contrainte a subi une importante réforme avec les lois n° 2011-803 du 5 juillet 2011 et n° 2013-869 du 27 septembre 2013 puisque d'une part, le législateur a diversifié les modalités de prise en charge faisant suite à une admission sans consentement et d'autre part, sous l'impulsion des juges constitutionnel⁶

⁴ Cette partie reprend des développements des Avis de l'avocat général Céline Marilly (pourvois n° B 19-70.020 ; 19-20.513) et de l'avocat général Anne Caron-Déglise (pourvoi n° N 18-14.642)

⁵ Csp, art. L 3211-3, al.2 *in fine*

⁶ CC, Décision n° 2010-71, QPC, 26 novembre 2010 ; n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011 ; n° 2011-174, QPC, 6 octobre 2011 ; n° 2011-185, QPC, 21 octobre 2011 ; n° 2011-202, QPC, 2 décembre 2011 ; n° 2012-235, QPC, 20 avril 2012 ; n° 2013-367, QPC, 14 février 2014

et européen⁷, a introduit un contrôle systématique du juge judiciaire sur les décisions d'admission en hospitalisation complète, dans le délai de 12 jours à compter de leur prononcé.⁸ Le juge des libertés et de la détention, en charge de cette mission, doit contrôler à la fois la régularité procédurale et le bien-fondé de la mesure d'admission ou de maintien dont il est saisi. La sanction du non-respect des conditions légales posées dans le cadre de ce régime d'exception par rapport au droit commun des soins n'est pas la nullité de la décision administrative mais sa mainlevée, le patient retrouvant alors sa liberté d'aller et de venir. L'article L 3216-1 alinéa 2 du code de la santé publique précise que l'irrégularité de la décision administrative *"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."*

Ces lois de 2011 et de 2013 ont constitué un bouleversement dans les rapports entre les psychiatres et les magistrats puisque les premiers ont désormais l'obligation, par l'intermédiaire du directeur de l'établissement de soins, de soumettre au juge l'ensemble de leurs décisions concernant les hospitalisations sans consentement qui perdurent au-delà de 12 jours. Il leur appartient donc de rendre compte dans un langage clair et accessible des motifs pour lesquels ils estiment nécessaire de maintenir une hospitalisation complète contrainte de la personne concernée. **Les certificats médicaux qu'ils rédigent et qui figurent au dossier sont par suite soumis au regard et à l'analyse du juge judiciaire, garant constitutionnel de la liberté individuelle et compétent en vertu de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 précisément parce que les soins contraints portent atteinte à une liberté individuelle, la liberté d'aller et de venir, et à ce droit fondamental qu'est le libre consentement aux soins.** C'est en particulier parce les troubles psychiatriques dont souffre la personne, par leur nature, l'empêchent d'avoir conscience de son état de santé troublé et de donner un plein consentement, que la protection de sa santé doit exceptionnellement être prise en charge par les psychiatres, auxquels l'Etat confie cette mission. C'est parce que les atteintes aux libertés et aux droits fondamentaux reconnus par de nombreux textes aussi bien de droit international (Déclaration universelle de 1948, Convention européenne des droits de l'homme...) que de droit interne (Déclaration de 1789, Préambule de 1946), sont lourdes que le juge doit vérifier qu'elles sont effectivement nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de protection de la santé poursuivi.

La Haute Autorité de Santé (HAS)⁹ a elle-même posé des critères rigoureux d'appréciation de la nécessité de recourir à la contrainte dans les soins. Selon elle, si l'évaluation du consentement aux soins demeure une démarche médicale, la contrainte doit s'appliquer selon quatre critères :

⁷ CEDH, 18 novembre 2010, Baudoin c/ France, n° 35935/03

⁸ 15 jours puis 12 jours à la suite de la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013

⁹ Notamment, Rapport d'aide à la rédaction des certificats et avis médicaux dans le cadre des soins psychiatriques contraints d'une personne majeure, mars 2018

- la personne doit être atteinte de troubles mentaux;
- elle met gravement en péril sa santé et sa sécurité ou constitue une menace grave pour la vie et l'intégrité d'autrui;
- son état nécessite des soins continus en milieu hospitalier alors qu'elle le refuse;
- elle est incapable de consentir aux soins.

Pour apprécier le consentement aux soins, la HAS a défini cinq degrés d'évaluation :

- la capacité de recevoir une information adaptés;
- la capacité à écouter et à comprendre cette information;
- la capacité à raisonner;
- la capacité à exprimer sa décision;
- la capacité à la maintenir dans le temps.

b) Le rôle spécifique du juge des libertés et de la détention.

Le rôle du juge des libertés et de la détention découle notamment des exigences posées par le Conseil constitutionnel en matière d'hospitalisation sans consentement, lequel a rappelé, dans une décision QPC du 26 novembre 2010, d'une part, la prohibition de la détention arbitraire et la mission de gardienne de la liberté individuelle que l'article 66 confie à l'autorité judiciaire et, d'autre part, le principe dit « de rigueur nécessaire » qui impose que les dispositions relatives à l'hospitalisation sans consentement n'apportent aux droits et libertés constitutionnellement garantis que des restrictions « adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi ».¹⁰

Dans son commentaire, **le Conseil Constitutionnel a précisé en effet, qu'en droit français, toutes les privations de liberté, qu'elles relèvent de la police administrative ou judiciaire, sont soumises à un régime de confirmation, la personne ne pouvant être retenue contre sa volonté que par un décision judiciaire.**

Le Conseil a par conséquent jugé que le maintien, sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, de la privation de liberté au-delà d'un certain délai d'hospitalisation sans consentement, méconnaît la portée de l'article 66 de la Constitution.

Amené à se prononcer sur le régime antérieur à la loi de 2011, il a donc déploré l'absence de contrôle systématique du juge et l'insuffisance d'une part, d'un recours individuel à l'initiative du malade, et d'autre part, de la mission de veille confiée aux juges d'instance, président et procureur du tribunal, chargés de visiter les établissements qui accueillent des personnes hospitalisées sans leur consentement (Csp, art. L. 3222-4).

Sur le plan législatif, le cadre d'intervention du JLD est posé en particulier aux articles L.3211-3 et L. 3216-1 du code de la santé publique :

– L'article L. 3211-3 dispose : *“lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques en application des dispositions des chapitres II et III du*

¹⁰ CC, Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 et son commentaire

présent titre ou est transportée en vue de ces soins, les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et¹¹ proportionnées à son état mental et à la mise en oeuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée. [...]"

– L'article L. 3216-1 dispose : "La régularité des décisions administratives prises en application des chapitres II à IV du présent titre ne peut être contestée que devant le juge judiciaire.

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

L'office du juge des libertés et de la détention est donc double : il contrôle la régularité de la décision administrative de placement en soins psychiatriques et son bien fondé.

En contrôlant le bien fondé, le juge des libertés et de la détention vérifie, d'une part, le respect des conditions légales (troubles mentaux rendant impossible le consentement aux soins du malade ; état mental qui impose des soins immédiats ; péril imminent ; trouble à l'ordre public etc...) et d'autre part, le respect du caractère adapté, nécessaire et proportionné de la mesure. L'objectif de ce contrôle est d'éviter des décisions arbitraires relatives à la liberté d'aller et venir des individus, et de s'interroger sur le point de savoir si une mesure moins attentatoire aux libertés serait possible.

La Cour européenne des droits de l'homme a en effet précisé que l'article 5, § 1, exige que « la privation de la liberté intervenue ne soit pas contraire au but de cet article, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire » et impose que « le bien-fondé de la mesure d'internement soit établie de manière probante, sauf urgence, sur la base d'une expertise médicale objective, justifiant ainsi la privation de liberté » (arrêt du 19 mai 2004, Aff. R.L. et M.-J.D. c/ France, req. n° 44568/98, points 112 et 114).

A ce titre, le juge des libertés et de la détention exerce un contrôle obligatoire à 12 jours, puis tous les 6 mois mais également un contrôle facultatif en cas de saisine par le patient ou d'autres personnes listées à l'article L. 3211-12 du code de la santé publique.

A.2. L'évolution contemporaine des questions relatives aux soins sans consentement.

Les réformes intervenues en 2011 et 2013 interrogent aujourd'hui fortement sur l'étendue de l'office du juge dès lors qu'il lui est demandé en particulier d'exercer un contrôle sur la régularité et le bien fondé d'hospitalisations prescrites par des

¹¹ Conseil Constitutionnel décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 et son commentaire, p.12

psychiatres, puis décidées administrativement.

Si la contrainte du patient peut se justifier par la protection de la santé, objectif à valeur constitutionnelle, elle porte incontestablement atteinte à d'autres principes fondamentaux que sont le consentement aux soins et la liberté d'aller et venir.

Ainsi, comme l'expriment parfaitement deux spécialistes¹² de ces questions, c'est "*parce qu'il y a atteinte à cette liberté individuelle qu'est la liberté d'aller et de venir et à ce droit fondamental qu'est le libre consentement aux soins, que le juge judiciaire est l'autorité compétente pour exercer son contrôle. En effet l'article 66 de la Constitution affirme que l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle. Le juge doit vérifier que ces atteintes sont effectivement nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. Ce sont donc ces atteintes ainsi que leur confrontation avec l'objectif poursuivi (la protection de la santé) qui justifient le contrôle du juge.*

L'atteinte à la liberté d'aller et de venir mérite une attention particulière, car elle recouvre ici un sens et une portée bien différents d'ailleurs. On se trouve en effet dans un cas particulier : l'atteinte à la liberté d'aller et de venir a pour motif principal la santé du patient et sa propre protection. Elle n'est à ce titre assimilable à aucune des autres atteintes à la liberté d'aller et de venir que connaît le droit français.

a) L'étendue des compétences du JLD et les difficultés liées à l'absence de définition de l'isolement et de la contention.

Au gré des décisions, la Cour de cassation a elle-même précisé l'étendue du contrôle du juge des libertés et de la détention.

La mission de ce juge est complexe et parfois incertaine : **il doit en effet vérifier que la décision est bien motivée et justifiée par des avis médicaux circonstanciés et qu' elle est régulière sur le plan procédural**, sans pour autant apprécier lui même la qualité du traitement médical, ni substituer son avis à celui du médecin sur l'existence des troubles mentaux ou d'un consentement aux soins.¹³

La Cour considère également que le contrôle du juge consiste à qualifier la nature de l'hospitalisation, en vérifiant "*si l'hospitalisation mise en place constitue une hospitalisation à temps partiel au sens du R.3211-1 du code de la santé publique et non une hospitalisation complète*".¹⁴

¹² Natalie Giloux, Psychiatre, praticien hospitalier, Centre hospitalier Le Vinatier, Bron (69) et Marion Primevert, Magistrat au Tribunal de grande instance de Paris, "Le psychiatre et le juge face à la protection de la personne dans les soins contraints", RDSS 2015, p.973

¹³ 1^{ère} Civ., 27 septembre 2017, pourvoi n° 16-22.544, Bull. 2017, I, n° 251

¹⁴ 1^{ère} Civ., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-17.824, Bull. 2015, I, n° 51

Comme l'explique Mme Grosset,¹⁵ *“cette position jurisprudentielle est cohérente puisqu’il appartient bien au juge de définir le champ d’application des lois et de déterminer les frontières des différents régimes, mais elle est plus difficile à comprendre pour le corps médical qui souhaite que soit préservée sa liberté thérapeutique. D’ailleurs, durant le litige, le centre hospitalier soutenait en défense que le juge ne pouvait contrôler cette qualification sans s’immiscer dans les choix thérapeutiques réalisés. Cette décision qui montre s’il en était besoin combien l’office du juge est lié à son rôle de garant des libertés individuelles, résume à elle seule toute la subtilité de l’office du juge dans ce domaine. Si les choix médicaux restent du plein office du médecin, le régime juridique qui découle de sa qualification est sous le contrôle du juge. Lorsque le juge estime que l’hôpital a, à tort, qualifié une hospitalisation accompagnée de sorties de courtes durées, en programme de soins— évitant ainsi la lourdeur du contrôle juridictionnel automatique— alors que le patient passe une partie très significative de son temps en hospitalisation complète, il est indispensable, sauf à vider la loi de sa substance, qu’il puisse requalifier la mesure et exiger l’application des garanties les plus fortes pour les patients. Cela n’entache pas la liberté de prescription du médecin qui reste libre de déterminer les modalités de prise en charge les plus adéquates à son patient”*.

Récemment, la première chambre civile a étendu encore le cadre du contrôle du JLD par un arrêt du 22 novembre 2018.¹⁶ Elle a jugé que, dans le cas où le JLD statue à l’occasion de la réadmission d’un patient en hospitalisation complète, il peut contrôler la régularité des décisions ayant précédemment maintenu le programme de soins (modalité de soins décidée par les médecins) qui a été transformé en hospitalisation complète, à condition que cette régularité soit contestée devant lui, même pour la première fois en cause d’appel. Le juge devra alors, lorsqu’il ne s’agira pas de pièces dont la communication est obligatoire et systématique, demander à l’administration de fournir les pièces utiles à l’instruction du dossier.

S’agissant plus particulièrement de l’isolement et de la contention, la première chambre civile vient de rendre deux arrêts par lesquels elle considère qu’il n’appartient pas au JLD de contrôler la régularité et le bien fondé des mesures d’isolement et de contention.

– Dans l’hypothèse de leur mise en oeuvre hors procédure de soins psychiatriques sans consentement, en l’occurrence dans un service d’urgence (**1^{ère} Civ., 7 novembre 2019, pourvoi n° 19-18.262, publié**) :

“ 8. qu’il n’appartient pas au JLD de se prononcer sur la mise en oeuvre d’une mesure médicale, distincte de la procédure de soins psychiatrique 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.

¹⁵ M. Grosset, magistrat, “Le contrôle juridictionnel des décisions d’isolement et de contention prononcées durant les soins psychiatriques sans consentement”, JDSAM n° 23

¹⁶ 1^{ère} Civ., 26 novembre 2018, pourvoi n° 18-14.642

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

– Dans l'hypothèse de soins psychiatriques sans consentement (1^{ère} Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 19-20.513) :

"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 consignnant 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".

Ces deux décisions s'inscrivent dans un contexte dans lequel la nature même des mesures d'isolement et de contention fait débat, d'autant que le code de la santé publique n'en propose pas de définition.

Comme l'expose Mme Grosset¹⁷ dans un article consacré au contrôle du juge sur les mesures d'isolement et de contention, **ces décisions sont par nature hybrides, certains y voyant un acte thérapeutique et d'autres une privation de liberté.**

Mises en oeuvre dans le cadre de prises en charge thérapeutiques, sur prescription d'un médecin, elles entraînent de facto une restriction, voire une privation de liberté supplémentaire. Certaines de ces mesures sont également susceptibles de porter atteinte à l'intégrité physique du patient.

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, a déposé un rapport¹⁸ le 15 février 2017 dans lequel les députés D. Robilliard et D. Jacquat ont souligné que l'effectivité des droits des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement était encore perfectible. Relevant l'important hiatus entre les progrès réalisés par la loi de 2013 en matière de garanties des libertés individuelles et leur traduction concrète dans le quotidien des personnes, la mission s'est étonnée "en particulier d'une diversité de pratiques (aussi bien en matière d'information des patients sur leurs droits, d'établissement des certificats médicaux, d'isolement et de contention que de conduite de la procédure, de déroulement de l'audience et de taux de mainlevées judiciaires) qui peuvent varier de façon considérable d'un territoire à l'autre, d'un établissement à l'autre, d'un service à l'autre au sein d'un même établissement et d'une juridiction à l'autre."

¹⁷ Marie Grosset Magistrat : Le contrôle juridictionnel des décisions d'isolement et de contention prononcées durant les soins psychiatriques sans consentement- droit santé et assurance maladie n°20- 2018 p.36

¹⁸ Rapport d'information n° 4486, D. Robilliard et D. Jacquat, Comm. Aff. Soc., enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale le 15 février 2017

Elle mentionne que *“le contrôle judiciaire pourrait évoluer à l'aune d'une décision récente du Premier président de la cour d'appel de Versailles (...) et que la judiciarisation éventuelle de l'isolement et de la contention constitue un autre enjeu important”*. Le rapport souligne les constats de la Contrôleure générale des lieux de privation de liberté. *“Ainsi, dans le Journal officiel du 16 mars 2016, la Contrôleure générale des lieux de privation de liberté a formulé, en urgence, des recommandations relatives au centre psychothérapeutique de l'Ain, à Bourg-en-Bresse, en conclusion d'un rapport qui explique que, lors de la visite de cet établissement, les contrôleurs ont fait le constat de situations individuelles et de conditions de prise en charge portant des atteintes graves aux droits fondamentaux des personnes hospitalisées.”*

La Contrôleure générale des lieux de privation de liberté, dont les constatations sont reprises dans le rapport précité, a estimé que *« les conditions dans lesquelles les patients sont placés à l'isolement, enfermés, sous contention pour des durées particulièrement longues, pouvant atteindre des mois, voire des années, constituent, à l'évidence, un traitement inhumain et dégradant »* au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽¹⁾. Le rapport relève notamment un recours à l'isolement et à la contention non conforme aux règles communément appliquées et utilisé dans des proportions jamais observées jusqu'à présent – alors même que la résolution n° 46/119 de l'Assemblée générale des Nations unies du 17 décembre 1991 prévoit expressément que *« la contrainte physique ou l'isolement d'office du patient ne doivent être utilisés que conformément aux méthodes officiellement approuvées du service de santé mentale, et uniquement si ce sont les seuls moyens de prévenir un dommage immédiat ou imminent au patient ou à autrui”*.¹⁹

La Haute Autorité de Santé (HAS) a pris des recommandations de bonne pratique clinique sur le sujet en psychiatrie générale le 20 mars 2017.²⁰ Elle a rappelé qu'aujourd'hui, *“le plus fréquemment, l'hospitalisation ne correspond qu'à un temps limité des prises en charge souvent pour des tableaux décompensés. Les différentes réponses en termes de soins doivent s'appuyer sur la relation de participation du patient. Le recours à une mesure d'isolement ou de contention ne peut se justifier qu'en dernier recours, au terme d'un processus de désamorçage d'un tableau clinique critique.*

Le recours aux mesures d'isolement et de contention est un sujet très sensible, d'une part d'ordre légal et éthique vis-à-vis du respect des libertés individuelles, du rôle et de la fonction des intervenants, de la légitimité de ces mesures, de la sécurité du patient et de celle d'autrui, et d'autre part d'ordre clinique et organisationnel vis-à-vis de la qualité de la prise en charge, de la pertinence des mesures et de leur impact, des conditions de mise en oeuvre et des moyens disponibles.

¹⁹ Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale, principe n° 11, § 10.

²⁰ HAS, Recommandations de bonne pratique - Isolement et contention en psychiatrie générale, Méthode Recommandations pour la pratique clinique, février 2017, www.has-sante.fr

Les données épidémiologiques sont rares et aucun suivi n'existait jusqu'à présent mais il semble que le recours à l'isolement et à la contention soit en recrudescence, avec des situations inégales d'une région à l'autre, d'un établissement à l'autre, voire d'un service à l'autre.

D'ailleurs, depuis plusieurs années, diverses autorités attirent l'attention sur les recours aux mesures d'isolement et de contention, considérant que leur usage n'est pas toujours motivé par des raisons thérapeutiques et qu'il convient de les encadrer."

Après avoir défini les mesures d'isolement et de contention, la HAS a formulé plusieurs "messages clés" dans son rapport destinés à être mis en oeuvre prioritairement²¹ :

Définition de l'isolement : Placement du patient à visée de protection, lors d'une phase critique de sa prise en charge thérapeutique, dans un espace dont il ne peut sortir librement et qui est séparé des autres patients. Tout isolement ne peut se faire que dans un lieu dédié et adapté.

L'isolement est une mesure limitée dans le temps, sur décision d'un psychiatre, conformément à la loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016, dans le cadre d'une démarche thérapeutique, après concertation pluriprofessionnelle, qui impose la prescription d'une surveillance et d'un accompagnement intensifs. L'utilisation de l'isolement représente un processus complexe, de dernier recours, justifié par une situation clinique. Le processus comprend lui-même de nombreux éléments, décision, accompagnement du patient, délivrance de soins, surveillance ... réalisés par les différents professionnels d'une équipe de soins, selon leurs champs de compétence et de responsabilité.

Définition de la contention : Il existe plusieurs types de contention, dont les contentions chimique, physique et mécanique. Nous nous limiterons, dans le cadre de la présente QPC, aux deux dernières catégories citées.

– La contention physique (manuelle) est un maintien ou une immobilisation du patient en ayant recours à la force physique.

– La contention mécanique est l'utilisation de tous moyens, méthodes, matériels ou vêtements empêchant ou limitant les capacités de mobilisation volontaire de tout ou partie du corps dans un but de sécurité pour un patient dont le comportement présente un risque grave pour son intégrité ou celle d'autrui.

La contention mécanique est une mesure d'exception, limitée dans le temps, sur décision d'un psychiatre, conformément à la loi de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016, dans le cadre d'une démarche thérapeutique, après concertation pluriprofessionnelle, qui impose la prescription d'une surveillance et d'un accompagnement intensifs. L'utilisation de l'isolement représente un processus complexe, de dernier recours, justifié par une situation clinique. Le processus comprend

²¹ HAS, Recomm. précitées, p. 5 et s.

lui-même de nombreux éléments, décision, accompagnement du patient, délivrance de soins, surveillance ... réalisés par les différents professionnels d'une équipe de soins, selon leurs champs de compétence et de responsabilité.

Au-delà des définitions qu'elle donne, la HAS formule les principales recommandations suivantes:

- L'isolement et la contention mécanique sont des mesures de protection limitées dans le temps pour prévenir une violence imminente sous-tendue par des troubles mentaux. Elles s'inscrivent dans le cadre d'une démarche thérapeutique. Elles ne doivent être utilisées qu'en dernier recours après échec des mesures alternatives de prise en charge.
- Seuls les patients faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement peuvent être isolés
- L'isolement doit être levé, sur décision médicale, dès que son maintien n'est plus cliniquement justifié.
- La contention mécanique ne peut s'exercer que dans le cadre d'une mesure d'isolement.
- Une fiche particulière de prescription du suivi de la décision doit être présente dans le dossier du patient.
- A l'initiation de la mesure, l'indication est limitée à 12 heures. Si l'état de santé le nécessite, la décision et la fiche de prescription doivent être renouvelées dans les 12 heures. En cas de prolongation, la décision et la fiche de prescription doivent être renouvelées toutes les 24 heures. Les isolements de plus de 48 heures doivent être exceptionnels.
- Le patient bénéficie au minimum de deux visites médicales par 24 heures.
- Il est indispensable, au moment de la mise en place de la mesure d'isolement, de donner au patient des explications claires concernant les raisons de l'isolement et les critères permettant sa levée.
- Chaque mesure d'isolement doit être enregistrée dans un registre ne préservant l'anonymat du patient. 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 ayant surveillé le patient.

Une circulaire du ministère des solidarités et de la santé (Direction générale de l'offre de soins (DGOS) et Direction générale de la santé (DGS)), du 29 mars 2017²² relative "à la politique de réduction des pratiques d'isolement et de contention au sein des établissements de santé autorisés en psychiatrie et désignés par le directeur général de l'agence régionale de santé pour assurer des soins psychiatriques sans consentement" a été diffusée à la même période pour mieux encadrer les pratiques. Elle contient en particulier un modèle de registre à remplir pour chaque mesure, avec mention du nom du patient, du service concerné, du nom du psychiatre et de ceux des surveillants, du début et de la fin de la mesure, de sa durée. Cette circulaire a été adressée aux Préfets de région et aux directeurs des agences régionales de santé (ARS).

²² Circulaire n° DGOS/R4/DGS/SP4/2017/109, 29 mars 2017

b) Le fort mouvement en faveur d'un encadrement plus strict des mesures d'isolement et de contention.

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 a en outre rappelé les points de vigilance suivants :

- si "dans des cas exceptionnels, il peut être nécessaire d'immobiliser des patients psychiatriques violents, qui représentent un danger pour eux-mêmes ou pour autrui, les moyens de contention devraient toujours être appliqués conformément aux principes de légalité, de nécessité, de proportionnalité et de responsabilité."

- que "la mise sous contention de patients ne devrait être qu'une mesure prise en dernier ressort (ultimo ratio) afin d'empêcher qu'ils ne se blessent ou ne blessent autrui et les moyens de contention devraient toujours être utilisés pour la durée la plus courte possible. Lorsque la situation d'urgence ayant entraîné le recours aux moyens de contention cesse d'exister, il convient de libérer le patient immédiatement.

Les moyens de contention ne devraient jamais être utilisés à titre de sanction, pour faciliter purement et simplement la tâche du personnel, en raison d'un manque d'effectifs, ou pour remplacer des soins ou une prise en charge adaptés.

- qu'une consignation détaillée et rigoureuse des cas de recours à la contention peut fournir à la direction de l'hôpital un aperçu de leur ampleur et lui permettre de prendre des mesures, le cas échéant, pour en diminuer la fréquence. À cette fin, un registre spécial devrait être tenu pour recenser tous les cas de recours à des moyens de contention (y compris la contention chimique). Ceci viendrait compléter les informations contenues dans le dossier médical personnel du patient. Les éléments à consigner dans le registre devraient comprendre l'heure de début et de fin de la mesure, les circonstances d'espèce, les raisons ayant motivé le recours à la mesure, le nom du médecin qui l'a ordonnée ou approuvée et, le cas échéant, un compte rendu des blessures subies par des patients ou des membres du personnel. Les patients devraient être habilités à ajouter des commentaires au registre et devraient être informés de ce droit ; à leur demande, ils devraient recevoir une copie de tous les éléments consignés.

- que la fréquence et la durée des cas de contention devraient être signalées de manière régulière à une autorité de contrôle et/ou à un organe extérieur de suivi attitré (par exemple, un organisme d'inspection sanitaire). Cela permettrait d'obtenir une vue d'ensemble au niveau national ou régional des pratiques existantes en matière de contention afin de mettre en oeuvre une stratégie visant à limiter la fréquence et la durée du recours à la contention.

- que des procédures de plainte effectives sont des garanties essentielles contre les mauvais traitements dans tous les établissements psychiatriques. Les patients psychiatriques (ainsi que les membres de leur famille ou représentants légaux) devraient disposer de voies de recours au sein du système administratif des établissements et devraient être autorisés à adresser leurs plaintes – de manière confidentielle – à une

autorité externe et indépendante. Les procédures de plaintes devraient être simples, efficaces et adaptées aux usagers, en particulier en ce qui concerne le langage utilisé. Les patients devraient avoir droit à des conseils juridiques pour les questions concernant les plaintes et bénéficier d'une aide juridictionnelle gratuite quand les intérêts de la justice l'exigent.

Le Projet de Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo relatif à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux à l'égard du placement et du traitement involontaires prévoit une procédure de plainte pour contester les mesures d'isolement et de contention "tant au sein de l'instance compétente qu'auprès d'un organisme externe indépendant" (art. 17- 4° et art.22), distincte du recours envisagé contre la décision de placement et/ou d'un traitement involontaires (art.16).

La Cour EDH elle-même a pris position sur la question des mesures d'isolement et de contention, en indiquant que ces mesures peuvent être qualifiées de mesures privatives de liberté supplémentaires devant faire l'objet d'un contrôle juridictionnel immédiat :

Elle considère en effet que :

– **les mesures d'isolement et de contention prises dans le cadre d'un "internement" peuvent, en fonction des circonstances de chaque situation, être qualifiées de mesures privatives de liberté "supplémentaire",** au sens de l'article 5 §1 de la Convention, par rapport à celle déjà subie du fait de l'internement initial (CEDH, arrêt du 31 mars 2005, *Schneiter c/ Suisse*, req. n° 63062/00; CEDH, arrêt du 17 juillet 2012, *Munjaz c/ Royaume-Uni*, req. n° 2913/06.)

– **l'administration forcée de médicaments (contention chimique) - à laquelle peut être comparée la mesure d'isolement et de contention physique, décision médicale privative de liberté - constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée (art. 8 de la Convention), une grave atteinte à l'intégrité physique d'une personne, raison pour laquelle pareille mesure doit se fonder sur une "loi" contenant des garanties adéquates contre le risque d'arbitraire et que tel n'est pas le cas si la décision est entre les mains des seuls médecins traitants, sans qu'elle ne soit "soumise à aucune forme de contrôle juridictionnel immédiat" et sans qu'aucun recours ne soit ouvert au patient afin de demander à un tribunal de statuer sur la régularité de l'administration forcée de médicaments, y compris sa proportionnalité, ou d'en ordonner la cessation** (CEDH, arrêt du 3 juillet 2012, *X c/ Finlande*, req. n° 34806/04 ; CEDH, arrêt *Munjaz c/ Royaume-Uni* précité, dans lequel la CEDH ajoute que, lorsque l'autonomie personnelle d'une personne est déjà restreinte, un contrôle accru des mesures qui suppriment le peu d'autonomie personnelle s'impose", §80 ; CEDH, arrêt du 2 septembre 2010, *Shopov c/ Bulgarie*, req. n° 11374/04, §§ 45-49, dans lequel la Cour a constaté une violation de l'article 8 de la Convention au motif que le requérant s'était vu imposer contre sa volonté, par décision d'un tribunal, sans que le contrôle judiciaire automatique à intervalles réguliers sur la nécessité de poursuivre le traitement, pourtant prévu par la loi nationale, n'ait été mis en oeuvre et sans que le requérant ait pu contester la poursuite du traitement. La

mesure litigieuse n'était donc pas "prévue par la loi" au sens de l'article 8 de la Convention.)

– Les mesures d'isolement et autres formes de mesures coercitives ne doivent être employées qu'en dernier ressort et lorsqu'il s'agit du seul moyen existant d'empêcher un dommage immédiat ou imminent au patient ou à autrui. **Le recours à de telles mesures doit s'accompagner de garanties procédurales suffisantes et pouvoir reposer sur des éléments montrant de manière suffisante que les impératifs de nécessité ultime et de proportionnalité ont été respectés et qu'aucune autre solution raisonnable ne permettait de pallier de manière satisfaisante le risque de dommage au patient ou à autrui. Elles peuvent, dans le cas contraire, être constitutives d'une violation de l'article 3 de la Convention** (CEDH, arrêt du 19 février 2015, *MS c/ Croatie*, note d'information disponible en anglais : CEDH, arrêt du 13 mars 2012, *Parascineti c/ Roumanie*, req. n° 32000/05 ; CEDH, arrêt du 20 janvier 2009, *Slawomir Musial c/ Pologne*, req. n° 28300/06, dans lequel la Cour souligne que l' "Etat doit s'assurer que toute personne privée de sa liberté - y compris les personnes internées involontairement pour des raisons de santé psychique - est détenue dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de la souffrance inhérent à la privation de liberté.", § 49 ; CEDH, arrêt du 6 novembre 2014, *Dvoráček c/ République tchèque*, req. n° 12927/13, §§ 87-88, dans lequel la Cour considère que "S'il appartient aux autorités médicales de décider - sur la base des règles reconnues de leur science - des moyens thérapeutiques à employer pour préserver la santé physique et mentale des malades incapables d'autodétermination et dont elles ont la responsabilité, ceux-ci n'en demeurent pas moins protégés par l'article 3", § 96).

– **Dans un autre domaine, l'absence de recours juridictionnel possible contre la décision de maintien à l'isolement en détention a été considérée comme une violation de l'article 13 de la Convention** (CEDH, arrêt du 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c/ France*, GC, req. n° 59450/00).

En France, l'article L. 3222-5-1 marque une amorce d'encadrement des mesures d'isolement et de contention. Ce texte, introduit dans le code de la santé publique par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, prévoit *qu'elles constituent des pratiques de dernier recours, pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui, sur décision d'un psychiatre, et prise pour une durée limitée.* Il a également été instauré la tenue d'un registre dans chaque établissement qui 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.

Le législateur a donc prévu un contrôle des mesures d'isolement et de contention mais un contrôle administratif et a posteriori.

En revanche, le législateur n'a pas spécifiquement prévu la transmission de ce registre au juge des libertés et de la détention. **Il n'a pas non plus expressément indiqué que le JLD devait procéder au contrôle de ces mesures, ni à l'occasion du contrôle**

automatique de la mesure de soins sans consentement, ni à l'occasion d'une saisine aux fins de mainlevée. Il a donc confié au JLD le soin de contrôler la mesure d'hospitalisation complète sans consentement, que nous pourrions qualifier de "mesure-cadre", son bien-fondé, son caractère nécessaire, adapté et proportionné sans prévoir explicitement de contrôle par le juge de la décision médicale d'isolement et de contention prise en son sein, pourtant privative de liberté et plus attentatoire encore aux droits fondamentaux du patient.

Il n'a pas non plus explicitement prévu de contrôle immédiat et automatique de la mesure par la juridiction de l'ordre administratif, ni de recours juridictionnel.

Dans ce contexte, les juges des libertés et de la détention, magistrats de l'ordre judiciaire, continuent de s'interroger sur leur office. Chargés d'un côté de contrôler la régularité et le bien fondé des mesures d'hospitalisation complète sans consentement, de veiller en application de l'article L.3211-3 du code de la santé publique à ce que les restrictions à l'exercice des libertés individuelles du patient soient adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis, sans être de l'autre chargés de manière explicite du contrôle de la mesure supplémentaire de privation de liberté en découlant, ont adopté des positions différentes sur l'étendue de leur contrôle :

Ainsi, la cour d'appel de Versailles, mais également celle de Paris et de Douai, ont considéré, dans certains arrêts, que les mesures d'isolement et de contention sont par leur nature même, gravement attentatoires à la liberté fondamentale d'aller et de venir dont le juge judiciaire est le garant par application de l'article 66 de la constitution et qu'ils leur revenaient de contrôler qu'elles ne portaient pas une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux du patient, notamment à travers la production exigée du registre requis par l'article L.3222-5-1 du code de la santé publique.²³

D'autres cours d'appel ont au contraire refusé de contrôler la mesure d'isolement ou de contention, en considérant que ce contrôle ne relevait pas de leur office²⁴, ou qu'il ne leur appartenait pas de contrôler le registre envisagé à l'article L.3222-5-1 du code de la santé publique, ni de l'exiger dès lors qu'il ne figurait pas à l'article R.3211-12 du CSP parmi les pièces à communiquer au JLD.²⁵

²³ CA Versailles, 24 octobre 2016, n° 16/07393 ; CA Versailles, 29 mai 2017, n° 17/04051 ; CA Versailles, 16 mai 2018, n° 18/031471 ; CA Versailles, 23 octobre 2018, n° 18/07091 ; CA Versailles, 18 mars 2019, n° 19/01925 ; CA Versailles, 18 mars 2019, n° 19/01925 ; CA Versailles, 15 novembre 2019, n° 19/07761 ; CA Paris, 29 juin 2017, n° 17/00253 ; CA Paris, 15 novembre 2018, n° 18/00521 ; CA Douai, 1er juillet 2019, n° 19/000721

²⁴ CA Paris, 20 octobre 2017, n° 17/00439 ; CA Lyon, 30 septembre 2019, n° 19/06535;

²⁵ CA Paris, 27 février 2017, n° 17/000621 ; CA Paris, 5 avril 2019, n° 19/00139 ; CA Versailles, 15 avril 2019, n° 19/024361 ; CA Rennes, 11 octobre 2019, n° 19/00435

La Cour de cassation a très récemment tranché la question qui leur était soumise dans l'arrêt²⁶, objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité.

Cet arrêt qui a mis un terme au débat posé devant les juridictions du fond suscite cependant deux nouvelles questions à l'origine de la présente question prioritaire de constitutionnalité :

- ces mesures de contention et d'isolement, privatives de liberté, doivent-elles pouvoir faire l'objet d'un contrôle immédiat par un juge?
- dans l'affirmative, ce contrôle juridictionnel doit-il être effectué par le JLD ? Dans ce cas, l'article L.3222-5-1 du CSP tel qu'interprété par la Cour de cassation porte-t-il atteinte à l'article 66 de la Constitution?

B - Les dispositions de l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, interrogent-elles sérieusement sur la violation de l'article 66 de la Constitution ?

B.1. Les mesures de contention et d'isolement, privatives de liberté, doivent-elles faire l'objet d'un contrôle juridictionnel ?

Ainsi que rappelé précédemment, la Cour de cassation a considéré dans deux arrêts des 7 et 21 novembre 2019 qu'il n'appartient pas au JLD de contrôler les mesures d'isolement et de contention (1^{ère} Civ., 7 novembre 2019, pourvoi n° 19-18.262, publié, sur les conclusions conformes du premier avocat général Patrick Poirret; 1^{ère} Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 19-20.513, sur avis contraire de l'avis de l'avocat général référendaire Céline Marilly, également détaillé dans le dossier de procédure d'avis soumis à la 1^{ère} chambre civile le 28 janvier 2020).

Ce faisant, la première chambre civile vient de trancher le débat ayant divisé les juridictions du fond et harmonisé la jurisprudence en procédant à une interprétation stricte des textes du code de la santé publique, le législateur n'ayant pas expressément envisagé ni contrôle, ni levée des mesures médicales de contention et d'isolement irrégulières ou présentant un caractère disproportionné. Ainsi que le relève un auteur *"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 à l'infini le rôle du JLD qui a déjà un travail de contrôle assez vaste à accomplir pour la vérification de la légalité des mesures de soins."*²⁷

Pourtant, des interrogations demeurent ainsi que l'expose la présente QPC et, d'ailleurs,

²⁶ 1^{ère} Civ. 21 nov.2020 pourvoi n°19-20.513

²⁷ Mathias Couturier, Maître de conférence à l'université de Caen - éditions législatives- veille permanente- 4 décembre 2019

les trois premiers commentaires publiés²⁸ de la décision du 21 novembre 2019 sont eux-mêmes partagés sur l'office du juge, et en particulier du JLD, et doivent nous conduire à nous interroger encore sur la nécessité d'introduire un contrôle juridictionnel de ces mesures, médicales certes, mais privatives de liberté.

Selon nous, **ces mesures médicales** et plus particulièrement les mesures d'isolement et de contention physique, prises dans le cadre d'une mesure de soins sans consentement **constituent une nouvelle atteinte aux libertés et droits fondamentaux du patient garantis par la Constitution. En effet, les modalités de traitement décidées par le psychiatre en modifient encore la nature, entraînant une privation de liberté supplémentaire au sein même de la privation de liberté résultant de l'hospitalisation complète.**

Prises par un médecin dans l'intérêt du patient ou des autres, ces mesures de contention et d'isolement **portent atteinte à son droit fondamental d'aller et venir au sein de l'établissement psychiatrique, pendant un délai plus ou moins long²⁹; elles peuvent également porter atteinte à son intégrité physique, et dans certaines circonstances à sa dignité.** En 2013, J.M. Delarue, Contrôleur général des lieux de privation de liberté avait d'ailleurs écrit dans son rapport d'activité³⁰ que « *parmi les mesures restrictives de liberté, le placement en chambre d'isolement, autrement nommée chambre de soins intensifs, et le placement sous contention, sont les plus évidemment attentatoires aux libertés* ».

Or, le Conseil Constitutionnel a rappelé à plusieurs reprises, notamment dans deux décisions n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 et n°2004-492 DC du 2 mars 2004, que le juge judiciaire est garant de la liberté individuelle, dont la liberté d'aller et venir :

« qu'au nombre [des libertés constitutionnellement garanties] figurent la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire » (cons. 4 de la décision n°2004-492 DC).

Au gré de ses décisions, **le Conseil Constitutionnel a précisé les mesures affectant la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution** et celles qui ne l'affectent pas. **Deux critères paraissent déterminants pour effectuer cette distinction entre les mesures : le degré de contrainte qu'elle revêt et sa durée**

²⁸ V.O. Dervieux, "Soins psychiatriques sans consentement : contrôle du juge judiciaire sur les mesures de contrainte et d'isolement", Dalloz Actualité, 16 décembre 2019 ; A. Darmstädter-Delmas, Site CRPA, dans un sens différent; Mathias Couturier précité

²⁹ Voir rapport du contrôleur général des lieux de privation de liberté faisant état de mesures de contention pendant plusieurs mois, isolement et contention dans les établissements de santé mentale 14-04/2016 p.28

³⁰ Rapport d'activité page 227

(décision n° 2008-562 QPC du 21 février 2008, cons. 14 sur le maintien d'un étranger en zone de transit ; décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012 sur la privation de liberté consécutive à une ivresse publique manifeste) .

Ainsi, outre la garde à vue, la détention, la rétention, la rétention de sûreté (décision n° 2008-562 QPC du 21 février 2008, cons. 14) et l'hospitalisation sans consentement, le Conseil constitutionnel a considéré que le maintien d'un étranger en zone de transit affecte la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, en précisant que si ce maintien « *n'entraîne pas à l'encontre de l'intéressé un degré de contrainte sur sa personne comparable à celui qui résulterait de son placement dans un centre de rétention (décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, cons. 14), il a néanmoins, « [...] en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, [...] pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution [...] » (cons. 15).*

Le Conseil a également précisé que **la nécessité de la privation de liberté est appréciée par un triple contrôle d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité de la mesure** (décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 cons. 13; décision n° 2017-624 QPC du cons. 5). S'y ajoute une exigence d'absence de rigueur non nécessaire.

Il ajoute qu'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 autorisé de la décision n° 2010-80 QPC, p. 7).

En outre, le Conseil considère que « *[si] l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté* » (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). Ce délai, de 48 heures pour la garde à vue (décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, cons. 26), de 7 jours pour la rétention administrative (décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. 73), est porté à 15 jours en ce qui concerne l'hospitalisation sans consentement (décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, cons. 25).

Le Conseil a déjà précisé au sujet des soins sans consentement sous la forme d'une hospitalisation complète 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 le fait 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. (Commentaire de la décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010)

Enfin, rappelons que dans le cadre des soins contraints, la privation supplémentaire de liberté qu'est l'isolement ou la contention intervient à l'égard d'un patient à ce point fragilisé par l'intensité des troubles mentaux dont il souffre qu'il est empêché de consentir ou de refuser les soins proposés. Il doit à la fois être protégé dans son intégrité physique et être soigné pour retrouver, autant qu'il est possible, ses facultés personnelles et psychiques. Sa liberté de se mouvoir, d'aller et de venir dans l'établissement dans lequel il reçoit des soins ne doit pas être réduite à l'excès, d'autant que la contrainte qu'il subit dans les soins ne résulte dans la plupart des cas d'aucun fait délictueux.

Il découle, par conséquent et selon nous, des décisions du Conseil constitutionnel, comme des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, que les mesures de contention et d'isolement devraient être soumises à un régime de vérification ou de confirmation, afin d'éviter tout risque d'arbitraire.³¹

Un juge indépendant devrait pouvoir vérifier que la mesure d'isolement ou de contention est adaptée, nécessaire et proportionnée, comme l'est la "mesure-cadre", la décision administrative du Préfet ou du directeur. Il ne s'agirait pas pour le juge en charge de ce contrôle de s'immiscer dans la décision médicale, et son opportunité mais de contrôler

31

Les recommandations formulées en urgence par le contrôleur général des lieux de privation de liberté, relatives au centre hospitalier du Rouvray à Sotteville-lès-Rouen (Seine Maritime) et publiées au JO le 26 nov. 2019 témoignent de la nécessité concrète d'introduire un contrôle des mesures de contention et d'isolement : " Certaines décisions de placement à l'isolement mentionnent « si besoin », « autant que nécessaire » ou encore une validité de quinze jours voire un mois. Des décisions sont prises par des internes sans validation par un médecin senior. La surveillance médicale est insuffisante. La traçabilité de la mise en œuvre d'une mesure d'isolement ou de contention, comme celle de la surveillance, est de fait impossible car entachée de multiples insuffisances. Les conditions matérielles d'isolement sont souvent indignes: chambres d'isolement équipées de seaux hygiéniques, absence de bouton d'appel, port systématique du pyjama de l'hôpital. Des motifs punitifs ou la volonté de contraindre à la thérapie des personnes en soins libres justifient parfois le recours à l'isolement. Ces pratiques démontrent à la fois une banalisation et un dévoiement de l'utilisation de l'isolement, lequel ne doit intervenir que comme une mesure de dernier recours, à des fins exclusivement thérapeutiques et pour un temps le plus court possible.

L'isolement et la contention doivent toujours constituer des pratiques de dernier recours et une politique d'établissement doit être définie afin d'en limiter l'usage."

à travers des certificats médicaux et la production du registre dédié, le respect des conditions légales posées à l'article L.3222-5-1 du CSP et sa proportionnalité.

Telle est déjà la mission dévolue au JLD lorsqu'il contrôle les décisions de soins contraints en hospitalisation complète ou le programme de soins dans certaines circonstances. Il apprécie déjà le caractère nécessaire, adapté et proportionné de la décision administrative prise sur avis des psychiatres, sur le fondement de leurs certificats médicaux circonstanciés dont il contrôle également le contenu et la motivation.

Le contrôle opéré sur les mesures de contention et d'isolement ne serait guère différent de celui qu'effectue actuellement le JLD sur la décision administrative, décision intermédiaire entre les avis des médecins et le contrôle du juge. Il s'agirait de vérifier que les conditions légales posées à l'article L.3222-5-1 du CSP sont bien respectées et que la décision de soins contraints en hospitalisation complète est réellement adaptée, nécessaire et proportionnée au regard de son contenu.

A ce jour, notre droit permet-il un tel contrôle juridictionnel immédiat de ces décisions médicales privatives de liberté, à travers un contrôle automatique ou un recours ouvert au patient?

Cette question s'inscrit dans un débat contemporain plus général sur l'office du juge dans la protection des libertés :

– **En premier lieu, le rôle du juge administratif dans la protection immédiate des libertés s'est considérablement développé** depuis le milieu des années 1990 en raison de la judiciarisation croissante de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³² et de l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 instituant la procédure de référé-liberté devant les juridictions administratives. Le juge administratif s'est ainsi vu confier de larges pouvoirs pour prendre, dans les quarante-huit heures, toute mesure de sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté une atteinte grave.

– En second lieu, le rôle traditionnel du juge judiciaire garant exclusif des libertés a été remis en cause par une interprétation particulièrement stricte jusqu'à ce jour de l'article 66 de la Constitution par le Conseil constitutionnel qui a peu à peu réduit le domaine réservé du juge judiciaire à la seule connaissance des mesures privatives de liberté, elles-mêmes entendues de plus en plus restrictivement (Cons. cons., Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015). Toute autre forme d'atteinte relève désormais de la protection de la "liberté personnelle" et peut ainsi échapper au contrôle du juge judiciaire, pourvu que la saisine du juge administratif soit par ailleurs ouverte.³³

³² CE, arrêt du 17 février 1995, Marie ; CE, 30 juillet 2003, n° 252712 ; CE, 14 décembre 2007, n° 290730 et 290420 ; CE, 6 décembre 2013, M. Eric Thévenot, n° 363290

³³ CC, Décision n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, 2003-484 ; CC, Décision 2017-632 QPC, 2 juin 2017, cons.7,

Pour autant, le Conseil d'Etat a déjà écarté sa compétence pour apprécier la nécessité des décisions prises par les médecins, en précisant que *“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 la capacité de ces personnes à y consentir, sont étroitement liées à celle du bien fondé des mesures elles-mêmes.”* (CE, ord. Réf., 16 juillet 2012, CHS Guillaume Régnier, n° 360793, précité) :

“ [...] 7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le législateur a entendu donner compétence à l'autorité judiciaire pour apprécier le bien-fondé de toutes les mesures de soins psychiatriques sans consentement, qu'elles portent atteinte à la liberté individuelle ou non ; que 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 ; qu'en particulier, dans l'hypothèse où un patient qui ne fait pas l'objet d'une hospitalisation complète refuse de se soumettre au traitement jugé nécessaire à son état par l'établissement d'accueil et où la forme de sa prise en charge est par suite modifiée pour procéder à une hospitalisation complète, le juge des libertés et de la détention doit se prononcer sur cette mesure dans un délai de quinze jours ; qu'il suit de là que le juge administratif n'est manifestement pas compétent pour connaître du bien-fondé des décisions prises par les médecins qui participent à la prise en charge de patients faisant l'objet d'une mesure d'admission en soins psychiatriques sans leur consentement “

Le débat se concentre donc bien sur le périmètre de l'office du juge judiciaire, en sa qualité de garant de la liberté individuelle, le juge administratif n'étant pas compétent pour exercer ce contrôle nécessaire.

Or, lorsque les médecins prennent des mesures d'isolement ou de contention à l'égard d'un patient soigné en psychiatrie sans son consentement, le juge judiciaire peut-il être saisi en cas de contestation et, dans l'affirmative quel est le juge compétent?

B.2. Le contrôle des mesures de contention et d'isolement relève-t-il de l'office du JLD ?

En l'état des textes, l'article L. 3216-1 du code de la santé publique distingue entre d'une part, la compétence du JLD portant sur le contrôle des mesures de soins psychiatriques (bien fondé et régularité des décisions administratives prises par le Préfet ou le directeur d'établissement) et, d'autre part, la compétence du tribunal de grande instance en matière indemnitaires avec possibilité de contrôler, tout comme le JLD, la régularité. En cas d'irrégularité constatée par le JLD, seule la mainlevée de la mesure peut être prononcée s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet.

Il ne fait donc pas de doute que le juge de la responsabilité sera compétent pour exercer un contrôle a posteriori sur ces mesures, dès lors qu'une faute du médecin sera démontrée. Il n'a en revanche aucune compétence pour mettre un terme à une mesure de contention et d'isolement disproportionnée dans sa mise en oeuvre.

Le juge des référés, juge de l'urgence, pourrait être saisi sur le fondement de l'article 809 alinéa 1^{er} du code de procédure civile, comme l'évoque le conseiller rapporteur. Cet article permet en effet, au président même en 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. »*

Afin de justifier l'intervention du juge des référés, le trouble doit cependant être illicite c'est-à-dire qu'il doit contrevenir à « une règle impérative ou » porter une « atteinte manifeste à un droit protégé »³⁴. Il s'agit de toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit. L'illicéité peut résulter de la méconnaissance d'une norme juridique, de nature délictuelle, contractuelle, législative ou réglementaire, de nature civile ou pénale. Cette notion se rapproche de la voie de fait. Dans cette hypothèse, le dommage est déjà réalisé. L'appréciation de cette illicéité implique, selon plusieurs auteurs, *« un certain préjugé sur le fond, dans la mesure où il lui appartient de se prononcer sur l'illicéité du trouble et sur son évidence »*³⁵. Cette dernière notion recouvre le second caractère que doit présenter le trouble. L'illicéité doit, en effet, être flagrante, manifeste c'est-à-dire relever de « l'évidence », le trouble doit « sauter aux yeux ».³⁶³⁷

Le juge des référés peut également être amené à prendre toute mesure de nature à prévenir un dommage imminent, c'est-à-dire un préjudice qui ne s'est pas encore réalisé et qui serait irréversible si le juge du fond intervient tardivement.

On peut dès lors s'interroger sur la caractérisation d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent s'agissant d'une décision d'un psychiatre, prise en principe dans un but thérapeutique et sur un fondement légal.

Par ailleurs, le juge des référés, « juge de l'évidence » ne peut apprécier le fond du dossier. Or, si le Conseil Constitutionnel, saisi par la Cour de cassation, venait à qualifier la mesure de contention et d'isolement de mesure privative de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution, il paraîtrait peu concevable que le juge des référés puisse exercer le contrôle de nécessité en découlant, contrôle portant sur l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité de la mesure.

³⁴ B. Boubli, « Conseil de prud'hommes - Juridictions du travail », in Jurisclasseur Procédure civile, fasc. 432, juin 2009, extraits § 42.

³⁵ H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, Sirey, 1961, t. III, 1991, n° 1289.

³⁶ Ph. Bertin, « Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère », Gaz. Pal. 1983, Chron. p. 419.

³⁷ Note du SDER sur le trouble manifestement illicite et les pouvoirs du juge des référés - 10 octobre 2013

Le contrôle de ces mesures ne nous paraît donc pas relever des compétences du juge des référés, ce contrôle consistant à vérifier que les conditions légales posées à l'article L.3222-5-1 du CSP ont bien été respectées, que la mesure a été prise pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui, sur décision d'un psychiatre, et pour une durée limitée. Il s'agit d'un contrôle du caractère nécessaire, adapté et proportionné de la mesure de soins.

Dès lors l'article L.3222-5-1 du code de la santé publique, tel qu'interprété par la Cour de cassation, en ce qu'il écarte les mesures de contention et d'isolement du champ de contrôle du JLD, porte-t-il atteinte à l'article 66 de la Constitution ?

En effet, si ce contrôle est nécessaire, il nous apparaît certainement relever de l'office du juge des libertés et de la détention, à qui le législateur a déjà expressément confié le contrôle de la régularité et du bien fondé de la mesure de soins sans consentement et dont le rôle au sein de l'institution judiciaire est très spécifique.

Le JLD est en effet un juge spécialisé, créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 pour mettre à distance la fonction de décider de la détention auparavant confiée au juge d'instruction. Plusieurs réformes ont étendu ses compétences avec l'attribution du contentieux de la rétention des étrangers, puis plus récemment de celui des soins psychiatriques sans consentement. Sur ce terrain, souligne le rapport de l'IHEJ "La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXIème siècle"³⁸, *"il appartient au juge de vérifier que les soins sont réalisés dans le respect des droits du patient. Cette immixtion du juge dans la sphère médicale n'a pas entraîné une intrusion dans l'exercice de la médecine, qui relève incontestablement du médecin et non du juge. Mais elle a fait évoluer la pratique des psychiatres, qui doivent expliquer leur intervention dans le cadre d'une procédure qui est exceptionnelle puisqu'elle consacre des soins sans consentement et qu'il leur faut rendre des comptes non pas seulement en interne ce qui peut toujours conduire à une certaine routine, voire à une chronicisation, mais aussi au juge à qui il transmet des certificats médicaux qui doivent être suffisamment circonstanciés et explicites pour convaincre ce non médecin.*

La pratique des juges aussi a évolué et ce juge spécialisé qu'est le JLD doit respecter une certaine éthique rédactionnelle en articulant les éléments de fait qui lui sont transmis et le cadre juridique dans lequel il exerce, ce qui implique une motivation précise, claire, compréhensible à un moment bien précis du processus de soins. Il n'a pas de compétence médicale, et particulièrement en psychiatrie. Il ne peut ni ne doit se substituer au médecin (ne pas faire dire à un certificat médical ce qu'il ne dit pas), il doit veiller à ce que, pour chaque personne dont la situation est soumise à son appréciation, "les restrictions apportées à l'exercice de ses libertés individuelles" soient "adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en oeuvre du traitement requis". Etant précisé par l'article L. 3211-3 du code de la santé publique, alinéa 1^{er} in fine, qu' "en toutes circonstances, la dignité de la personne hospitalisée doit être respectée et sa réinsertion recherchée."

³⁸ IHEJ, A. Garapon, S. Perdrille, B. Barnabé, Rapp. Mai 2013

La mission, l'office, du JLD est donc bien spécifique, ainsi que le rappellent les auteurs de ce rapport qui relèvent, à juste titre, que l'office du juge n'est ici pas seulement un office procédural ou sanctionnateur mais davantage un office libéral qui s'est traduit d'abord par sa mission particulière de double regard sur la situation de la personne considérée. Ce juge a en effet été créé précisément pour sortir de la contradiction dans laquelle se trouvait précédemment le juge d'instruction, à la fois acteur et arbitre au risque de l'ambiguïté, voire de la toute-puissance. *"Mais cette mission a évolué à la faveur de l'attribution de nouveaux domaines d'intervention, moins familiers que la matière pénale de la détention, tels le contentieux des étrangers ou son intervention dans les soins sans consentement (domaine où n'existe pas d'infraction). Ici en effet, comment peut-il exercer un double regard alors qu'il n'a pas de compétence sur les soins ? Le JLD n'est plus alors un superviseur et son autorité ne vient pas d'un regard plus expert mais d'un regard extérieur. "Il se positionne comme un tiers, y compris à l'égard de sa propre institution."*

Cette autonomisation du JLD marque le passage d'une conception paternaliste de garanties à une conception plus "garantiste" déjà constatée à propos de la fonction tutélaire. L'office a insensiblement changé de nature : il ne consiste plus en un contrôle porté par un collègue sur la qualité du travail professionnel, mais en une évaluation au regard des principes généraux par un tiers indépendant et impartial. Cette nuance entre la vérification et le contrôle juridictionnel est rendue dans la langue anglaise par les deux verbes : double check et review. Dans l'idée de "révision", il y a celle de réexaminer une situation mais sous un horizon plus vaste, celui du droit.

L'idée de "review", traduit en français par le terme de "contrôle", peut-être plus ambiguë, implique de revoir la réalité sous l'angle des principes et non plus sous l'angle de l'opportunité. Il est demandé au JLD d'opérer une "judicial review", c'est-à-dire un contrôle de l'action des pouvoirs au regard des libertés fondamentales."

Ainsi que le considèrent les auteurs du rapport, et une partie des JLD, désormais dans l'exercice de son office ce juge spécialisé puise ses références non seulement dans les textes de droit interne mais aussi dans les décisions du Conseil constitutionnel ou de la Cour EDH et, plus généralement dans les notions auxquelles ces institutions se réfèrent. Isabelle Rome, JLD citée dans le rapport, considère que *"cette fonction résulte d'un compromis entre l'article 66 de la Constitution qui institue le juge judiciaire comme garant des libertés individuelles et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui vise le respect de la vie privée en citant une jurisprudence de la CEDH."* (note 63).

Effectivement, cet office particulier du JLD, très proche de l'office du juge des tutelles à l'égard d'autres personnes particulièrement vulnérables, les personnes juridiquement protégées parce qu'elles présentent des altérations médicalement constatées de leurs facultés mentales et/ou corporelles, **visent "la protection des libertés de tout homme aux prises avec une institution d'enfermement qu'elle soit pénale, administrative ou psychiatrique."**

Le juge des libertés et de la détention apparaît donc être le juge le plus à même

d'exercer un contrôle effectif sur la mesure de soins sans consentement, incluant le contrôle de la "mesure cadre" mais également celui de son contenu. Sans cela, le contrôle opéré par le JLD, garant de la liberté individuelle et du respect des droits fondamentaux, restera formel et les mesures d'isolement et de contention, pourtant privatives de liberté, soumises à la seule décision des médecins pendant tout le temps de l'hospitalisation complète sans aucune forme de contrôle juridictionnel immédiat quelles que soient les circonstances.

Nous pensons indispensable de rappeler, qu'à travers la question prioritaire de constitutionnalité transmise par le vice-président du tribunal de Versailles se pose principalement la question de l'absence de recours et de contrôle juridictionnel prévus par le législateur, sur une décision médicale certes, mais une décision médicale prise sans l'accord du patient et privative de liberté.

Si ce contrôle nous apparaît relever de l'office du JLD et découler des compétences législatives qui lui sont déjà confiées, la question fondamentale est celle des garanties procédurales indispensables pour éviter tout risque d'arbitraire.

Au bénéfice de l'ensemble de ces développements, la question posée par M. Eric Giroux nous apparaît incontestablement sérieuse et doit être soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel. Nous concluons donc à son renvoi.

Enfin, il ne nous a pas échappé, qu'une éventuelle censure du texte tel qu'interprété par la Cour de cassation, par le Conseil Constitutionnel, impliquerait une nouvelle intervention du législateur, selon nous souhaitable, afin de déterminer en particulier les conséquences de la constatation d'une violation des conditions légales posées à l'article L.3222-5-1 du CSP ou du caractère disproportionné de la mesure. En l'état des textes, le JLD ne pourrait qu'ordonner la mainlevée de la mesure prise par le Préfet ou le directeur, pourtant justifiée par ailleurs.

Annexes au présent avis :

- avis de Céline Marilly, avocat général référendaire, préalable à l'arrêt rendu le 21 novembre 2020 n°19-20.513

- avis de Céline Marilly, avocat général référendaire, préalable à l'avis rendu par la 1^{ère} chambre civile le 3 février 2020, n°19-70.020