



Les enjeux d'une judiciarisation tardive, inévitable et embarrassante

Ana Marques, Benoît Eyraud, Livia Velpy

► To cite this version:

Ana Marques, Benoît Eyraud, Livia Velpy. Les enjeux d'une judiciarisation tardive, inévitable et embarrassante. *L'Information Psychiatrique*, 2015, Judiciarisation de la psychiatrie, 91 (6), pp.471-7. 10.1684/ipe.2015.1359 . halshs-01286960

HAL Id: halshs-01286960

<https://shs.hal.science/halshs-01286960>

Submitted on 15 Mar 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les enjeux d'une judiciarisation tardive, inévitable et embarrassante

Marques A., Eyraud B., Velpy L.¹

PRE-PRINT AVANT EPREUVES DE L'ARTICLE PARU DANS L'INFORMATION

PSYCHIATRIQUE, 2015, 91(6)

Résumé :

La question de la judiciarisation des hospitalisations sans consentement en psychiatrie est ancienne. Elle était déjà au cœur des débats sur la loi de 1838, mais n'a été concrétisée que dans la loi du 5 juillet 2011. Si l'introduction du juge est entendue comme une protection accrue des droits des usagers, il ne suffit pas de prendre acte de cette judiciarisation pour de comprendre son impact effectif. Encore faut-il préciser de quelle judiciarisation il s'agit, car le contenu des lois de judiciarisation en psychiatrie dans les différents pays sont très variables. Dans un premier temps, nous montrerons que l'introduction du contrôle systématique *a posteriori* du juge est l'aboutissement d'un processus complexe qui a mobilisé des textes et décisions juridiques supranationaux et une activité de contentieux portée par des militants associatifs. Dans un deuxième temps, nous poserons le cadre de référence légal : que doit contrôler le juge et surtout tout ce qui relève de la protection des libertés individuelles, notamment d'aller et venir, et qu'il n'est pas censé contrôler. On verra ainsi comment se dessinent et se légitiment les nouvelles frontières de partage de pouvoir entre le monde médical psychiatrique et le monde judiciaire.

Mots clés : judiciarisation, droits fondamentaux, soins sans consentement, hospitalisation, psychiatrie, juridictions

Introduction

La loi du 5 juillet 2011 mandate le juge des libertés et de la détention (JLD)² pour contrôler systématiquement, *a posteriori*, la légalité des hospitalisations complètes sans consentement. D'autres nouveautés introduites par cette loi, telles que la création de mesures de soin sans consentement, ont suscité des critiques virulentes de la part de psychiatres notamment³. Dans le cas du contrôle par le juge, en revanche, les réactions ont été plus embarrassées. Médecins et administration des hôpitaux, parfois suivis par les juges, ont dénoncé la complexité de la mise en œuvre de la réforme et ont pu s'inquiéter de la multiplication des documents à

¹ Ana Marques (chargée d'études à l'EPS de Ville Evrard), Benoît Eyraud (Maître de conférences à l'Université de Lyon 2 – Centre Max Weber) et Livia Velpy (Maître de conférences à l'Université de Paris 8 – Cermes3) sont sociologues et membres du collectif contrast.

² Il s'agit du juge des libertés et de la détention (JLD) du tribunal de grandes instances de rattachement de l'hôpital recevant le patient.

³ Voir les réactions sur la page http://psychiatrieinfirmerie.free.fr/Soins_Psychiatriques/loi_5_juillet_2011.htm

produire. Cependant, ces réticences allaient de pair avec un large soutien des acteurs vis-à-vis de la préoccupation de renforcer les droits des patients que traduisait cette mesure.

Comment expliquer l'absence de contestation publique et professionnelle d'une disposition pourtant opposée à la tradition de la psychiatrie française ? Dans quelle mesure cette évolution transforme-t-elle la régulation des pratiques de soin et la répartition des pouvoirs ? Ces questions politiques, relatives à la répartition juridique des pouvoirs et à leur application par les acteurs sociaux, sont d'envergure. Sans prétendre les traiter de manière systématique, cet article se propose d'examiner quelques éléments de réponse permettant de comprendre le sentiment mitigé mais résigné des acteurs, médecins, juges, avocats, qui doivent appliquer et donner sens à cette loi.

De fait, une telle « judiciarisation » des mesures de soin sans consentement s'inscrit dans un processus plus large de réorganisation de l'encadrement juridique des interventions thérapeutiques en psychiatrie et en particulier de leurs dimensions contraignantes. En revenant sur le processus d'émergence de cette réforme, nous montrerons qu'elle résulte notamment de la nécessité de réorganiser l'encadrement juridique du soin et de l'enfermement, suite à l'éclatement de la prise en charge en psychiatrie, et qu'elle révèle la place croissante des droits fondamentaux et le rôle du contentieux dans cet encadrement [20]. Nous reviendrons ensuite sur le difficile partage, sur le terrain, entre ce qui relève du respect des libertés et ce qui relève du soin, autrement dit, ce qui relève du contrôle par le juge ou des régulations internes au champ psychiatrique. Nous nous appuyons sur des enquêtes de terrain réalisées par le premier auteur au sein de l'EPS de Ville Evrard depuis 2011, au sujet de la mise en application de la loi du 5 juillet 2011⁴.

1. Encadrer juridiquement les soins psychiatriques : évolutions du rôle du juge

A quelle autorité confier le pouvoir d'enfermer lorsque le but est de soigner ? Quel rôle doit jouer le médecin ? L'administration d'Etat ? Le juge ? Vivement débattues au moment de la révolution française, ces questions vont trouver une réponse juridique stable à la naissance de la psychiatrie et sa consécration par la loi du 30 juin 1838 [4, 10, 11].

1.1. 1838 : L'ancrage d'une tradition « médico-administrative »

Après l'abolition des lettres de cachets, le contrôle des restrictions de liberté relève d'une juridiction judiciaire, qui a compétence pour prononcer les mesures d'interdiction et de mise sous tutelle prévue par le code Civil. Celui-ci précise que l'administrateur provisoire ou le tuteur doivent « prendre soin de la personne et des biens du défendeur » (article 498 et 510), et que le conseil de famille, présidé par un juge de paix, pourra « arrêter que l'interdit sera

⁴ Cet article a été réalisé dans le cadre du programme de recherche Contrast, financé par l'Agence Nationale de la Recherche. Pour plus d'informations, www.contrastcollectif.wordpress.com

traité dans son domicile, dans une maison de santé, ou même dans un hospice » (article 510).

Avec la loi du 30 juin 1838, les rôles principaux sont attribués aux médecins et aux administrateurs, cependant que la participation du juge judiciaire au partage de pouvoirs est restreinte. Certes, celui-ci a toujours le pouvoir de prononcer une mesure d'interdiction pour accompagner l'internement et garantir une protection tutélaire. Mais cette mesure est si complexe et longue à mettre en place qu'elle ne sera presque pas mise en oeuvre. L'interdiction tombera donc peu à peu en désuétude, et le rôle du pouvoir judiciaire dans l'encadrement des internements psychiatriques restera limité aux appels des décisions par le patient ou une personne agissant dans son intérêt [8].

La loi du 30 juin 1838 résulte ainsi d'un travail politique⁵ – au sens d'une redéfinition de la répartition des pouvoirs entre les acteurs légitimes – qui porte sur la décision d'enfermer des personnes à l'asile en raison de leur aliénation et afin de les soigner. Dans le cadre de cette loi, la prise en charge psychiatrique se déroule dans un lieu unique, l'asile, est encadrée par une mesure d'internement qui s'impose à la personne, sous la forme du placement volontaire et du placement d'office, et est associée à une mise sous protection des biens. Les décisions d'admission et de sortie sont prises par l'autorité administrative, encadrées par la loi, mais ce qui se passe au sein de l'internement relève du soin, donc de la décision médicale⁶. Cette prééminence du cadre médico-administratif va être remise en cause par les transformations de la prise en charge psychiatrique.

1.2. La réaffirmation du médico-administratif

Au cours du 20^{ème} siècle, les pratiques psychiatriques évoluent et se développent pour partie en dehors de la référence au cadre de la loi de 1838. Avec la diversification des lieux de prise en charge, des soins psychiatriques sont prodigués dans des dispensaires ou dans des services d'hospitalisation ouverts, voire dans des services fermés dont on ouvre les portes, à des patients dont certains n'ont pas le statut juridique d'interné au sens de la loi du 30 juin 1838. Dans ce contexte, l'écart se creuse entre l'encadrement juridique des pratiques de soin et la réalité de leur mise en œuvre ainsi que des conceptions de la prise en charge psychiatrique. L'internement n'est plus qu'un contexte d'intervention thérapeutique parmi d'autres et le principe du consentement au soin, au nom du respect des libertés, occupe une place croissante.

Dans les années 1960 et 1970, alors que la réforme de la psychiatrie et le développement de pratiques nouvelles se traduisent en termes institutionnels par une nouvelle organisation des soins dite du secteur, la loi du 30 juin 1838 semble donc promise à disparaître⁷. Une

⁵ Sur la notion de travail politique, voir Dodier, 2005 [7] et Marques, 2010 [14]

⁶ Il n'est pas à négliger que les décisions du médecin sur certains aspects de la vie à l'asile sont encadrées par le règlement intérieur.

⁷ C'est d'ailleurs la position de certains psychiatres qui plaident pour son abrogation. En 1967, Henri Ey, Paul Sivadon et Lucien Bonnafe appellent à abroger la loi du 30 juin 1838 au motif qu'elle relève d'une loi du « tout ou rien », où l'internement autorise à la fois à enfermer dans un lieu, à soigner sans le consentement de la

commission est mise en place au début des années 1960 qui vise à réformer conjointement le code civil et la loi de 1838 [9]. Décision est prise de dissocier les dispositions relatives aux « personnes » de celles relatives à la « protection des biens », qui relèvera des compétences du juge des tutelles à partir de la loi du 3 janvier 1968. Il faudra attendre 1990 pour que les dispositions de la loi de 1838 relatives à « la protection des personnes » et à « l'hospitalisation sans consentement » soient réformées⁸. Entre-temps, quelques débats auront lieu à propos de la mise en avant du juge judiciaire. Ainsi, au milieu des années 1970, un sénateur propose de donner au juge des tutelles le pouvoir de contrôle sur les hospitalisations sans consentement ; de même, il est envisagé de donner au juge judiciaire la compétence pour hospitaliser les personnes déclarées pénalement irresponsables. Mais les médecins sont alors très réfractaires au contrôle judiciaire, restant sur la ligne du syndicat des psychiatres des hôpitaux (SPH), qui présentait en 1974 la lutte contre la judiciarisation comme l'un des éléments majeurs de son éthique syndicale [6]. De fait, nous allons le voir, la loi du 27 juin 1990 ne modifiera pas nettement l'équilibre des pouvoirs, dans lequel les autorités médico-administratives conservent une place prééminente.

1.3. De 1990 à 2011 : l'affaiblissement de la position médico-administrative

Quelles évolutions aboutissent à l'introduction du juge par la loi du 5 juillet 2011, soit vingt ans plus tard. Le processus s'explique par la conjonction de différents facteurs, qui se concrétiseront à la fin des années 2000. Nous en soulignerons trois en retraçant leur émergence et leurs interactions.

Un premier facteur tient à l'affirmation des droits fondamentaux en matière de soins sans consentement dans le droit international. Au niveau européen, des décisions rendues à la fin des années 1970 et 1980 tendent à souligner l'atteinte aux libertés fondamentales que constitue l'hospitalisation sans consentement en tant que privation de liberté d'aller et venir, insistant ainsi sur le rôle de la juridiction judiciaire. En 1979, dans l'arrêt *Winterwerp*, la Cour Européenne des Droits de l'Homme énonce les principes qui autorisent l'internement d'une personne pour troubles mentaux, dont la nécessité d'en contrôler régulièrement l'opportunité [1], et fait peser l'obligation de s'y conformer sur les droits nationaux [5] ;. Elle donnera lieu rapidement à des réformes en ce sens dans différents pays européens⁹, et conduira à interroger de plus en plus fortement la place du juge judiciaire dans le dispositif français.

personne, et à protéger les biens. Ils plaident ainsi pour un encadrement juridique distinct de ces trois dimensions, les deux premiers relevant « d'ajustements du code de la santé » et le troisième « d'ajustement du code civil », qui ne soit donc pas spécifique aux personnes ayant des troubles mentaux ni à la prise en charge psychiatrique.

⁸ D'autres lois du début des années 1970 participeront également à la réforme de la loi de 1838, notamment, celle du 30 juin 1975 ouvre la possibilité pour les personnes handicapées du fait de leurs troubles mentaux d'accéder à l'allocation adulte handicapé et à des Centres d'Aide par le Travail (CAT)

⁹ Dont par exemple le Mental Health Act en 1983 au Royaume-Uni

Un second facteur impliqué dans le processus d'introduction du juge dans l'encadrement de l'hospitalisation sans consentement concerne le développement du droit comme « arme militante » [12]. En France, un groupe d'usagers, le Groupe Information Asiles (GIA), s'est spécialisé à partir de la fin des années 1970 et du début des années 1980 dans le recours systématique au contentieux judiciaire. Il se mobilise à la fin des années 1980 pour défendre la judiciarisation complète de la procédure d'hospitalisation sans consentement. Malgré le concours des sénateurs communistes, le projet ne sera pas retenu et la loi du 27 juin 1990 qui réforme la loi de 1838 en conservera la structure. Elle ne modifiera pas les rôles respectifs des autorités administrative et judiciaire, mais affirmera cependant le principe de l'hospitalisation libre et du soin consenti. Suite à l'échec de sa proposition, les militants du GIA adoptent une nouvelle stratégie d'intervention, par un usage du droit particulièrement intensif en multipliant les contentieux. S'appuyant sur l'affirmation de la défense de la personne qui se consolide peu à peu dans la jurisprudence européenne, ils obtiennent d'autres décisions. Ils se saisiront immédiatement de l'outil juridique de démocratisation de l'accès au droit des citoyens, que constituent à partir de 2008 les Questions Prioritaires de Constitutionnalité [17], et provoqueront la décision du Conseil Constitutionnel du 26 novembre 2010 qui aboutira à la réforme législative de 2011. Dans cette décision, en effet, le Conseil constitutionnel déclare contraires à la Constitution les modalités d'hospitalisation sans consentement¹⁰, au motif qu'une telle mesure ne peut être maintenue au-delà de 15 jours¹¹ sans qu'interviennent une juridiction de l'ordre judiciaire. Quelques mois plus tard, la décision du 9 juin 2011 assène le coup de grâce à l'ancienne législation, en déclarant à nouveau contraires à la Constitution les dispositions des articles L. 3213-1 et L. 3213-4 du code de la santé publique, en ce qu'elles ne prévoyaient pas un contrôle judiciaire suffisant des hospitalisations d'office.

Dans ce processus, il faut souligner les décisions et avis de plusieurs instances de contrôle dans les années 2000 qui constituent un troisième facteur. Ainsi, un rapport de l'IGAS considère en 2005 que « le contrôle juridictionnel des conditions d'hospitalisation » constitue « un régime procédural flou, contribuant à rendre peu effectif le recours à un juge, juge présenté de surcroît comme peu impliqué dans ses fonctions ». De plus, la jurisprudence européenne continue à inciter la France à une réforme. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France par un arrêt du 18 novembre 2010 (*Baudouin c. France*, n° 35935/03), au motif que les difficultés d'articulation en droit français entre la compétence du juge administratif – compétent pour contrôler la légalité externe de la décision d'hospitalisation – et celle du juge judiciaire – compétent pour se prononcer sur le bien-fondé de l'hospitalisation et, en cas de disproportion avec l'état de santé de l'individu, ordonner sa mainlevée – n'avait pas permis au requérant de faire valoir ses droits. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté considère par ailleurs que le juge judiciaire doit davantage jouer son rôle, aux termes d'un avis du 15 février 2011, publié au Journal officiel du 20 mars 2011 et relatif à certaines modalités de l'hospitalisation d'office. La création de cette autorité indépendante en 2008, instituée par la loi du 30 octobre 2007, est d'ailleurs révélatrice de la montée des droits fondamentaux et du contrôle accru permettant de les respecter.

¹⁰ Il s'agit de l'article L. 337 du code de la santé publique, qui deviendra l'article L. 3212-7 du même code

¹¹ Ce délai est ramené à 12 jours depuis la loi du 27 septembre 2013.

L'introduction du contrôle systématique *a posteriori* du juge judiciaire résulte donc de la stratégie associative couplée à l'influence croissante des droits fondamentaux comme garant de l'intérêt du patient dans les législations nationales, par l'intermédiaire du droit international. L'autorité judiciaire est en effet ici imposée en raison de l'atteinte faite au principe de liberté d'aller et venir, dans un mouvement de rapprochement du droit commun, où l'hospitalisation sans consentement, qui restait la seule privation de liberté administrative non contrôlée judiciairement, doit être traitée comme toutes les mesures de privation de liberté. Nous examinons maintenant les interrogations soulevées par la mise en application de la réforme.

2. Les nouvelles attributions du juge : un périmètre incertain

Si elle est imposée par le législateur, la décision d'introduire le juge judiciaire rencontre une position assouplie des psychiatres vis à vis de la judiciarisation, même si des polarités persistent. Le même SPH qui refusait vigoureusement la judiciarisation en 1974 proposait en 2009 un « modèle de judiciarisation du dispositif législatif »¹² dans le cadre de la réflexion pour la réforme de la loi du 27 juin 1990¹³. Leur argument repose sur la nécessité de limiter les pouvoirs de l'autorité administrative – en l'occurrence le Préfet –, mais également de protéger les droits des personnes dans une décision de privation de liberté. De fait, pour la plupart des acteurs, l'introduction du juge s'inscrit dans une logique de protection des personnes accrue et de défense des droits fondamentaux, ici la liberté d'aller et venir. Elle est associée au mouvement de diffusion des garanties des droits des personnes dans le domaine de la santé, dont la loi du 4 mars 2002 constitue un jalon important de ce mouvement, en affirmant par exemple le droit au refus de traitement. Pour autant, la nouvelle loi va susciter de nombreux débats et ajustements lors de sa mise en œuvre. En témoigne les prises de position d'acteurs divers sur le plan de l'analyse juridique [16, 18], des militantes [2] et de très nombreux psychiatres. Nous proposons de revenir sur certains de ces éléments afin de souligner les zones d'incertitudes qu'ils révèlent quant à l'articulation entre encadrement juridique, respect des droits et prise en charge psychiatrique.

La question du périmètre des droits qu'il s'agit de protéger constitue une première interrogation. Dans le cadre de la montée de la référence aux droits fondamentaux, il s'agit d'agencer le respect de la liberté individuelle avec le droit à la santé¹⁴. C'est pourquoi il

¹² <http://penochet.fr/spip.php?article594>

¹³ Deschamps attribue cette évolution au soutien apporté par les juges (contre l'opinion publique et donc de l'autorité publique) au travail des psychiatres pour diminuer le temps d'hospitalisation, par exemple, pour régler le contentieux des dommages causés aux tiers par des patients en congé d'essai [6].

¹⁴ Selon Legohérel [13], l'autre terme de l'équation, en face du droit à la liberté individuelle, est celui de la « sécurité des citoyens s'agissant de patients atteints de troubles mentaux et présentant une réelle dangerosité » (p.79). Le conseil constitutionnel exprime la nécessité 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 des droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties » dont la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et la liberté

appartient au juge judiciaire de s'assurer que les restrictions à l'exercice des libertés individuelles du patient sont *adaptées, nécessaire et proportionnées* à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. Cependant, la mise en œuvre de ce principe se traduit avant tout par une attention portée à l'hospitalisation en tant qu'atteinte à la liberté d'aller et venir, et non pas à l'ensemble des restrictions des libertés individuelles qui peuvent survenir dans le cadre d'une mesure de soins sans consentement. En effet, le juge statue sur la poursuite des hospitalisations complètes avant l'expiration d'un délai de 12 jours¹⁵ et, si l'hospitalisation complète se prolonge, tous les 6 mois. Outre ce contrôle de plein droit, la loi précise que le juge peut être saisi à tout moment dans le cadre d'un contrôle facultatif à propos de l'ensemble des soins sans consentement.

2.1. Les confusions liées au « soin sans consentement »

En même temps qu'elle introduit le contrôle systématique du juge, la loi du 5 juillet 2011 élargit le périmètre du soin sans consentement en psychiatrie au-delà de l'hospitalisation, suivant l'exemple de nombreux pays [19]. Dans le texte officiel, le terme « hospitalisation » sans consentement a été systématiquement remplacé par celui de « soins » sans consentement. Or le contrôle systématique du juge porte exclusivement sur l'hospitalisation complète et non pas sur les autres types de soin. Dans sa décision n°2012-235, suite à une nouvelle Question prioritaire de constitutionnalité soumise avec le soutien du CRPA, le conseil constitutionnel considère que le programme de soins ne représente pas une restriction de liberté, et précise qu'aucune mesure de contrainte ne peut être mise en œuvre sans que la prise en charge ait été préalablement transformée en hospitalisation complète. Ainsi, il n'y a pas lieu pour le juge d'instaurer un contrôle de plein droit sur les programmes de soins, qui restent du ressort exclusif du médecin.

Une telle distinction ouvre à des ajustements dans le contrôle du respect des libertés lors d'une prise en charge en psychiatrie, que l'on peut illustrer par trois situations. Dans le cadre du contrôle de plein droit, lorsque le juge prononce une mainlevée, elle porte sur la « mesure d'hospitalisation complète » et non sur la « mesure de soins sans consentement ». Le juge peut d'ailleurs décider de décaler la mainlevée de 24h afin que le médecin puisse proposer un programme de soins comme alternative à l'hospitalisation. De même, une personne peut passer des mois voire des années en soins sans consentement, comportant notamment des hospitalisations de courte durée, sans bénéficier d'un contrôle de plein droit par le juge. Enfin, suite à une période plus ou moins longue de soins sans consentement en programme de soins, si la personne retourne en hospitalisation complète, le juge doit être saisi de nouveau. Ces situations illustrent le fait que la judiciarisation de la psychiatrie porte avant tout sur les restrictions à la liberté d'aller et venir, au travers de l'hospitalisation complète sans consentement, plutôt que sur les restrictions de libertés en général, dans le cadre de la mesure de soins sans consentement, qu'elle prenne la forme d'hospitalisation complète ou non¹⁶.

individuelle. (Décision n°2012-235 QPC du 20 avril 2012)

¹⁵ Ce délai était de 15 jours dans la loi du 5 juillet 2011 et est réduit à 12 jours par la loi du 27 septembre 2013.

¹⁶ Il est possible de saisir le juge à tout moment dans le cadre des contrôles facultatifs.

Dans le même temps, un certain nombre d'actes qui pourraient être qualifiés de restrictions de liberté, et non seulement d'aller et venir, se trouve autorisé par la prescription médicale, lorsque l'on se trouve dans le cadre de l'hospitalisation sans consentement validée par le juge. Ainsi, cette nouvelle forme d'encadrement juridique des soins psychiatriques redessine la frontière entre ce qui relève des contrôles extérieurs au champ psychiatrique et ce qui relève des régulations internes à ce champ.

2.2. Les exigences de formalisation

En ce qui concerne les régulations extérieures qui s'imposent aux professionnels du champ psychiatrique, un des premiers effets de la mise en application de la loi observé dans l'établissement étudié a été une énorme production d'outils de régulation internes par l'encadrement de l'établissement (CME¹⁷ et direction) et à destination principalement des secrétaires et des médecins. Ainsi, fiches et schémas d'information, modèles de certificats, tableaux de délais pour la production de chaque pièce, ont été produits afin d'éviter des vices de forme qui auraient pour conséquence la levée des mesures.

Quand faire démarrer le décompte des 24h et des 78h pour les certificats ? Quand faire démarrer le décompte des 5 à 8 jours pour la saisine du juge et pour le certificat mensuel ? Dans tel cas précis, quel médecin doit faire le certificat de 78h ? Doit-il être celui qui a fait celui de 24h ou faut-il que ce soit un autre ? Plusieurs mois après la mise en application de la loi, des questions de ce type étaient encore posées par les médecins aux secrétaires, et par celles-ci au service des admissions de l'hôpital, occasionnant des certificats à refaire pour des erreurs de forme [15]. Les médecins s'y sont pliés et la catastrophe des levées de mesure par manque, retard ou erreur dans la forme des certificats a été évitée de justesse, selon l'expression du rapport Blisko [4]. Pourtant, ces exigences ont eu des conséquences directes sur leur activité. Par exemple, lorsqu'un médecin travaille à mi-temps dans un CMP¹⁸ et que le certificat mensuel d'un patient doit être fait un jour où il est absent, il ne peut pas le faire deux jours avant la date prévue. Il ne peut pas non plus jouer sur la date. Ainsi, non seulement cela représentera un travail supplémentaire à un autre médecin, qui doit voir le patient et faire le certificat, mais le patient doit revenir au CMP uniquement afin que l'on constate qu'il n'y a pas eu de changement depuis qu'il a vu son psychiatre traitant deux jours auparavant, car le certificat doit être fait par le médecin ayant vu le patient le jour-même. Ou autre solution, que le médecin aille voir le patient à domicile, pour éviter de le faire revenir.

On observe donc que l'activité de contrôle qui régule les pratiques de soin, de même que leur cadre, consenti ou non, génèrent une forte activité bureaucratique, qui atteste de la légalité du cadre et engage aussi la responsabilité des soignants. Mais ils ne saisissent bien sûr qu'une infime part de l'enjeu du consentement aux soins, et donc du respect des libertés, dans les pratiques quotidiennes. Un patient peut consentir à la modalité des soins proposée, la question se rejoue ensuite dans le quotidien (prise du traitement, présence aux rendez-vous,

¹⁷ CME : Commission médicale d'établissement

¹⁸ CMP : Centre médico-psychologique

alimentation, hygiène, etc).

Ainsi, de nombreuses pratiques qui pourraient constituer des restrictions des libertés sont considérées comme des soins relevant exclusivement d'une prescription et donc de l'autorité médicale. Outre le débat autour de la mise en chambre d'isolement et de la contention¹⁹, sont également concernées des pratiques relativement communes telles que l'administration forcée de traitement ou la mise en pyjama systématique. Ces pratiques peuvent faire l'objet de recommandations d'instances nationales, par exemple de la Haute Autorité de Santé (HAS) et sont de plus en plus l'objet de régulations internes à l'établissement, notamment dans le cadre des Evaluations des pratiques professionnelles (EPP). Dans l'établissement étudié, par exemple, une EPP porte sur les formalités liées à la loi de 2011/2013, notamment sur les certificats et l'information du patient, et une autre porte sur les pratiques de mise en chambre d'isolement et de contention.

Enfin reste acquis à la compétence de régulation soignante, au niveau local (l'établissement, le service) tout ce qui concerne les soins libres. Car s'il est vrai que dans le cadre de soins non consentis, de nombreuses formes de consentement peuvent se négocier au quotidien, inversement, dans un cadre de soins consentis, les soignants peuvent mettre en œuvre des dispositifs contraignants. On peut citer l'exemple d'un groupe de travail mis en place à l'EPS de Ville Evrard afin de préciser les règles de restriction de libertés des personnes hospitalisées en soins libres, en réponse à une demande de la HAS. Ainsi, lorsque certaines pratiques contraignantes sont considérées comme relevant exclusivement du soin, leur régulation (formulation et formalisation de règles, contrôle de leur application) est laissée aux professionnels du champ psychiatrique.

Si la loi du 5 juillet 2011 tranche un conflit juridictionnel entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, qui recoupe la tension entre souci de protection et respect des libertés individuelle, cela ne concerne que l'hospitalisation sans consentement. Ce faisant, de nombreux conflits restent dans le flou. L'hospitalisation relève ainsi aujourd'hui du respect des libertés individuelles, garanti par le juge, mais de multiples traitements impliquant des interventions sur le corps relèvent de décisions qui peuvent être aussi bien cliniques, qu'éthiques ou judiciaires, sans qu'une hiérarchie ne soit établie. Le flou qui entoure en France la possibilité d'administrer un traitement que refuse un patient hospitalisé sans son consentement est un exemple emblématique.

Conclusion

Le problème du contrôle des restrictions de la liberté d'aller-et-venir constitue une question politique majeure qui accompagne la pratique psychiatrique depuis ses « débuts » dans la première moitié du 19ème siècle. Nous avons vu comment la question de la distribution des

¹⁹ Qui a donné lieu très récemment à un amendement déposé par le député Denys Robilliard au projet de loi de santé, proposant d'assurer la traçabilité de ces mesures au sein des établissements. Voir <http://psychiatrie.crpa.asso.fr/IMG/pdf/2015-03-13-amendement-as1467-sur-l-isolement-et-la-contention.pdf>

rôles dans l'encadrement des pratiques contraignantes en psychiatrie est une question ancienne, notamment à propos du rôle du juge et celui du médecin. Nous avons vu également comment cette distribution a été questionnée et comment d'une part le travail des acteurs en présence, notamment une association, et d'autre part l'évolution des contextes (changement de la pratique psychiatrique et la montée des droits fondamentaux) ont imposé le contrôle de ces pratiques par le juge judiciaire. La judiciarisation, telle qu'elle se présente actuellement représente une nouvelle configuration du partage des pouvoirs entre le médecin, le juge et l'administration, à partir de la qualification des actes comme relevant du soin et/ou de la privation de libertés. Cependant, le sens de cette judiciarisation, son périmètre et son appropriation par les acteurs restent pour l'instant incertaine et continue à se construire progressivement.

Bibliographie

1. Belda B., *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne*, Etude (broché), 2010.
2. Bitton A., La loi du 5 juillet 2011, tournant sécuritaire et « putsch » judiciaire, *L'information psychiatrique*, 2013/1 (Volume 89), p..
3. Blisko S. et Lefrand G., *Rapport d'information sur la mise en œuvre 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*. Assemblée nationale, n° 4402, 22 février 2012.
4. Castel R., *L'ordre psychiatrique. L'âge d'or de l'aliénisme*. Paris, Ed. de Minuit, 1976.
5. Cuinier L., La judiciarisation des hospitalisations sous contrainte. Diplôme d'Institut d'Etudes Politiques, Université Lyon 2, 2006.
6. Deschamps, J.-L., La judiciarisation de la psychiatrie. *Synapse*, 233, 2007, 12-19.
7. Dodier N., *Leçons politiques de l'épidémie du sida*. Editions de l'EHESS, Paris, 2003.
8. Eyraud B., Prise en charge thérapeutique et protection des intérêts civils : des institutions aux enjeux imbriqués. In : Arveiller J. (dir), *Psychiatrie dans l'histoire*, Caen, PUC, 2008, p. 407-418.
9. Eyraud B. et Henckes N., « Entre psychiatrie, travail social et droit civil, les régulations de la protection de la personne au tournant des années 1968 », *Le Mouvement social*, 2013, p..
10. Foulcault M., *L'histoire de la folie à l'âge classique*. Paris, Gallimard, 1972.
11. Gauchet M., Swain G., *La pratique de l'esprit humain. L'institution asilaire et la révolution démocratique*. Paris, Gallimard, 1981.
12. Israel L., *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009
13. Legohérel D., *Etude sur les soins psychiatriques sans consentement*. Service de documentation, des études et du rapport de la cour de cassation - bureau des relations avec les cours d'appel et du fonds de concours. Décembre 2014.
14. Marques A., 2010, *Construire sa légitimité au quotidien. Le travail micropolitique autour d'une Equipe Mobile de Psychiatrie-Précarité*. Thèse de doctorat en sociologie, Paris,

EHESS.

15. Marques A. et al., La loi du 5 juillet 2011 : protection des usagers ou question de formalité ? *L'Information psychiatrique*, 2013 ; 89 : 171–7.
16. Péchillon E., Place de la jurisprudence dans la gestion et l'évolution de la législation relative aux soins sous contrainte. *Annales médico-psychologiques, revue psychiatrique*, 2012; 170 :706-10.
17. Renaudie O., « L'hospitalisation sans consentement devant le juge constitutionnel. Note sous Conseil constitutionnel, 26 novembre 2010, 'Melle Danielle S.' », *RDSS* 2011, p. 304-311.
18. Rome I., Liberté individuelle et soins sans consentement. Le contrôle systématique du juge instauré par la loi du 5 juillet 2011. *Annales médico-psychologiques, revue psychiatrique*, 2012 ; 170 :703-5.
19. Velpry L., De l'hospitalisation aux soins sans consentement en psychiatrie. *Journal français de psychiatrie*, 2010/3, n°38, 16-18.
20. Velpry Livia, Eyraud Benoît et al., 2014, Réguler les pratiques contraignantes de soin en santé mentale : recompositions et enjeux, In : Pascal J.-C., Hanon C. (Eds), *Consentement et contrainte dans les soins en psychiatrie*, Paris, Doin.