



HAL
open science

La régulation des pratiques contraignantes de soin en santé mentale : perspectives pour une approche interdisciplinaire.

Géraldine Aïdan, Aude Béliard, Philippe Bellanger, Jean-Philippe Cobbaut, Claude-Olivier Doron, Benoît Eyraud, Alice Le Goff, Lucie Lechevalier Hurard, Alexandre Litzler, Ana Marques, et al.

► **To cite this version:**

Géraldine Aïdan, Aude Béliard, Philippe Bellanger, Jean-Philippe Cobbaut, Claude-Olivier Doron, et al.. La régulation des pratiques contraignantes de soin en santé mentale : perspectives pour une approche interdisciplinaire.. Azimi V., Hennion-Jacquet P., Koubi G. L'institution psychiatrique au prisme du droit. La folie entre administration et justice, Editions Panthéon-Assas, pp.229-245, 2015, 979-1090429574. halshs-01288086

HAL Id: halshs-01288086

<https://shs.hal.science/halshs-01288086v1>

Submitted on 24 Mar 2017

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.

La régulation des pratiques contraignantes de soin en santé mentale :
perspectives pour une approche interdisciplinaire

Une régulation enchevêtrée des pratiques contraignantes de soin en santé mentale ? Perspectives pour une approche interdisciplinaire

Collectif Contrast ¹

PRE-PRINT AVANT EPREUVES DU CHAPITRE PARU DANS AZIMI V., HENNION-JACQUET P., KOUBI G. *L'INSTITUTION PSYCHIATRIQUE AU PRISME DU DROIT. LA FOLIE ENTRE ADMINISTRATION ET JUSTICE*, EDITIONS PANTHÉON-ASSAS, pp.229-245, 2015

Un mandataire judiciaire accompagne une personne dont il exerce la curatelle au rendez-vous au Centre-Médico-Psychologique pour que celle-ci prenne son traitement, à savoir une injection retard, comme l'y oblige le programme de soins sans consentement rédigé par son psychiatre. Ce dernier demande à son patient s'il serait prêt à accepter un nouveau médicament, qui vient d'être mis sur le marché. Après avoir sollicité l'accord de son curateur, le patient décline la proposition.

Un travailleur social d'un service d'accompagnement médico-social se rend au domicile d'une personne souffrant de troubles bipolaires. Celle-ci ne lui ouvre pas la porte. Inquiet des odeurs qui se dégagent de l'appartement, il fait appel aux services d'hygiène de la ville. Ceux-ci menacent la personne d'une hospitalisation sans son consentement si celle-ci refuse la venue d'une entreprise de nettoyage. Ce « recadrage » comme le décrit le travailleur social dans son journal de bord semble porter ses fruits. Lors de la visite suivante, il constate que le ménage a été fait.

Interpellée par la police alors qu'elle erre dans les rues en criant, une jeune femme est conduite aux urgences. Le médecin qui la reçoit tente, sans succès, de la convaincre qu'elle doit être hospitalisée pour se soigner. La jeune femme est alors transférée dans un service de psychiatrie où elle est hospitalisée sans son consentement, au regard du danger qu'elle présente pour elle-même et pour autrui. À son arrivée à l'hôpital, l'infirmière lui remet un livret indiquant quels sont ses droits.

Dans ces trois situations, sont mises en scène des pratiques de soin ayant des dimensions contraignantes (injection intramusculaire, hospitalisation, entretien de l'hygiène...). Les personnes semblent ne pas être capables de consentir – ou de s'opposer – aux soins proposés par les professionnels. Ces soins, qui s'exercent sur le corps comme sur le psychisme, peuvent être autorisés, voire prescrits juridiquement. En ce sens, il s'agit à chaque fois de pratiques en santé mentale, caractérisées par le fait qu'elles tentent de prendre en compte à la fois l'incertitude quant à la capacité à consentir de la personne concernée et la réduction des libertés individuelles qu'elles peuvent occasionner².

¹ Géraldine Aidan, Aude Béliard, Philippe Bellanger, Jean-Philippe Cobbaut, Claude-Olivier Doron, Benoît Eyraud, Alice Le Goff, Lucie Lechevalier Hurard, Alexandre Litzler, Ana Marquès, Delphine Moreau, Caroline Protais, Olivier Renaudie, Sébastien Saetta, Anne Toppani, Livia Velpry, Pierre Vidal-Naquet

² 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

Impliquant une multitude d'acteurs (médecins, infirmiers, travailleurs sociaux, proches, inspecteurs d'hygiène, policiers...), ces situations de pratiques en santé mentale relèvent également de découpages institutionnels divers (entre le social et le sanitaire, le handicap et la dépendance). Surtout, elles se déploient dans des cadres juridiques variés, comme le soulignent les situations décrites ci-dessus : le premier contexte concerne une personne soumise à un programme de soins, le second, une personne bénéficiant d'une mesure d'accompagnement, le troisième enfin une patiente hospitalisée contre son gré.

Alors qu'un cadre légal a longtemps organisé les pratiques en santé mentale dans une visée intégratrice, au travers de la loi du 30 juin 1838, la diversité des acteurs et des pratiques, mais aussi des cadres juridiques que l'on observe aujourd'hui soulève plusieurs questions. Peut-on identifier des principes communs aux différents régimes juridiques et administratifs qui encadrent aujourd'hui les pratiques en santé mentale ? Quel rôle jouent les outils et instances chargés d'administrer concrètement ces principes et comment comprendre leur multiplication ? Quelle force ont les règles de droit qui les constituent ? Quelles possibilités de contestation des pratiques existent ?

Nous proposons dans cet article de préciser les contours d'un changement de paradigme dans la façon dont sont encadrées les pratiques en santé mentale, afin d'en dessiner les enjeux en terme de programme de recherche. Pour cela, nous commencerons par définir de façon schématique le paradigme précédent, où l'encadrement des pratiques en santé mentale était organisé de façon pyramidale, pour décrire son effritement progressif au cours des dernières décennies. Nous reviendrons ensuite sur les éléments qui caractérisent aujourd'hui l'encadrement des pratiques en santé mentale pour explorer l'hypothèse de la recomposition d'un nouveau paradigme, que nous qualifierons en première intention de régulateur. Dans cette recomposition, l'imbrication particulièrement forte entre les processus de production du droit et ses usages sociaux rend essentiel l'apport d'une analyse interdisciplinaire qui associe sciences sociales et juridiques.

Ce texte rend compte de l'avancement des réflexions développées au cours de l'année 2014 dans le cadre du programme de recherche Contrast³. Il constitue une étape dans une réflexion interdisciplinaire en cours concernant les recompositions des régulations des dimensions contraignantes des pratiques en santé mentale, dont les différents éléments sont encore largement en discussion au sein de l'équipe.

1. La fragmentation progressive d'une forme pyramidale d'encadrement des pratiques

Les historiens de la « folie » ont largement montré la diversité des pratiques définies comme thérapeutiques par les aliénistes puis psychiatres : médication, injection, saignée, isolement, réclusion, enfermement... Lorsque ces pratiques sont réalisées sans l'adhésion de la personne concernée, des règles juridiques précises les encadrent, pour certaines issues du droit romain (interdiction, tutelle...), pour d'autres administratives.

Au moment de la Révolution Française, l'abolition des lettres de cachets - qui permettaient d'enfermer un proche⁴ - rend problématique l'encadrement légal des pratiques qui contraignent très fortement (séquestration...) la personne en raison d'un trouble psychique⁵. Parallèlement, le consentement acquiert un rôle central, aussi bien dans le rapport des

³ Le programme de recherche Contrast est co-animé par Benoît Eyraud (Université Lyon2 / Centre Max Weber) et Livia Velpry (Université Paris8 / CERMES3) et financé par l'Agence Nationale de la Recherche. <https://contrastcollectif.wordpress.com/>

⁴ Farge Arlette, Foucault Michel, Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille au XVIII^e siècle, Gallimard, 1982

⁵ Castel Robert, L'ordre psychiatrique, Paris, Ed de Minuit, 1976

citoyens à l'Etat que dans les relations entre personnes privées, pensées juridiquement sous la forme du contrat⁶. La préoccupation pour les situations où le consentement est vicié en est d'autant plus forte.

En 1804, le code civil affirme l'égalité de capacité à consentir pour l'ensemble des citoyens et met en place une procédure judiciaire d'interdiction pour les personnes considérées comme incapables de pourvoir à leurs intérêts et qui peuvent non seulement se mettre en danger, mais aussi être dangereux pour autrui. La lourdeur de ces dispositions dans le cas de personnes placées en établissement, en même temps que la dénonciation de l'emprisonnement de personnes « aliénées » conduiront à élaborer une loi spécifique en 1838. Relevant aussi bien de règles civiles, administratives, et de santé publique, cette loi s'appuie sur une hiérarchie clairement établie⁷ que nous présentons schématiquement dans cette première partie, avant de décrire le progressif effritement historique de cet encadrement des pratiques en santé mentale.

1.1. Un encadrement pyramidal des pratiques de soin en santé mentale

En France, la loi du 30 juin 1838 encadre un mode de prise en charge spécifique pour les troubles importants de santé mentale, appelé aliénisme. Les pratiques de soins se caractérisent par l'imbrication de trois éléments : *l'enfermement* dans un lieu, l'asile, autorisé par *un statut juridique* spécifique pour les personnes et un *ensemble d'actes de soin* très large⁸. Une hiérarchie clairement établie organise ces éléments, sous la forme d'une exception au droit commun.

Une hiérarchie des normes⁹ organisant un droit spécifique

La loi du 30 juin 1838 prévoit dans son article premier que chaque département est tenu d'avoir un établissement « spécialement destiné à traiter et recevoir les aliénés ». Cette règle de droit administratif oblige l'administration préfectorale à organiser la construction de ce type d'établissement, et à éviter que des personnes atteintes d'« aliénation mentale » soient tenues enfermées dans des lieux non spécialisés, que cela soit dans des prisons, dans des maisons privées, ou encore à leur domicile.

Les établissements pour aliénés sont autorisés à « tenir [renfermés] » les personnes, à condition que leur admission et leur maintien suivent le respect d'une procédure juridico-administrative. Celle-ci se décline sous les formes du placement « volontaire » ou du placement « d'office »¹⁰, pour lesquelles sont définies des conditions (des certificats médicaux notamment) ainsi que des modalités judiciaires de recours. Parallèlement, la loi interdit que les aliénés puissent être « déposés en prison ».

Le statut civil provisoire instauré pour les aliénés implique une restriction de leur capacité à exercer leurs droits et libertés, notamment leur liberté d'aller et venir et la gestion de leurs affaires, mises sous une administration provisoire assurée par l'établissement.

De portée très large, ce régime juridique autorise l'ensemble des restrictions de circulation à l'intérieur du domaine asilaire – comme l'enfermement dans une cellule/chambre ou le fait

⁶ Fraisse Geneviève, *Du consentement*, Le Seuil 2007

⁷ La dimension hiérarchique des règles est, pour de nombreux auteurs classiques, une caractéristique centrale du droit. Cette hiérarchie se fait dans le droit positif classique entre la constitution, les lois, les décrets, les circulaires, les règlements...

⁸ Eyraud Benoît, Moreau Delphine, 2013, Formes et régulations de l'enfermement psychiatrique: de la création de l'asile aux nouvelles unités sécurisées, l'exemple de l'hôpital du Vinatier, *Culture et conflit*, 2013

⁹ Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999

¹⁰ Le placement « volontaire » est un placement à la demande de la famille de l'interné ; le placement d'office se fait sur décision du représentant de l'Etat.

d'être attaché – à condition qu'elles respectent le règlement de l'établissement. Ce règlement doit être édicté sur le modèle promulgué par le ministère de l'intérieur en 1857 et expliqué dans la circulaire du 20 mars 1857. Y est prévu le statut de l'ensemble des personnels intervenant dans l'asile, le travail des malades, leur régime alimentaire, l'heure des repas, l'autorisation des visites pour les malades. Ainsi, toutes les pratiques contraignantes qui s'exercent sur les personnes aliénées pendant la vie à l'asile sont autorisées *a priori* par le statut civil spécial des malades et par le règlement administratif.

La loi de 1838 est ainsi exemplaire d'un mode pyramidal d'administration, où le pouvoir politique, légitimé par l'élection, légifère et délègue à son administration les pouvoirs de contrainte pour intervenir sur les comportements jugés problématiques.

Un relâchement de cette hiérarchie

Les nombreuses tentatives de révision de la loi de 1838 resteront longtemps infructueuses, laissant l'encadrement des pratiques évoluer au travers de circulaires, dont l'élaboration associe parfois assez étroitement des professionnels¹¹. La circulaire Rucart du 13 octobre 1937¹² prévoit la possibilité de créer des services dits ouverts, en même temps qu'elle préconise le développement de dispensaires, lieux de consultation extrahospitaliers. Une seconde circulaire qui la complète, quelques années plus tard, définit les patients concernés notamment par leur adhésion au soin, et exprime la préoccupation de limiter les atteintes à la capacité civile. Elle précise en effet que les services ouverts « non soumis au régime légal de la loi de 1838, sont destinés à hospitaliser les malades atteints de troubles psychiques qui ne présentent pas de réactions dangereuses pour leur entourage et qui n'élèvent pas de protestations à l'égard de leur hospitalisation » et que ces services doivent permettre « d'éviter aux malades dont l'état mental ne le requiert pas, les limitations de capacité civile et de liberté »¹³. Les effets de cette circulaire, lents à se déployer complètement, sont importants, d'autant qu'elle sera accompagnée dans l'après-guerre de nombreuses transformations et innovations thérapeutiques permettant son usage. A partir du milieu des années 1960, de plus en plus de malades sont hospitalisés sans référence à la loi de 1838, sous un statut « libre ». Pour autant, des pratiques contraignantes continuent à être exercées dans les services ouverts, comme dans d'autres types d'établissements (hospices, établissements de personnes handicapées...). Les portes des pavillons sont ainsi très souvent fermées et le recours aux techniques de contention physique est courant. Ainsi, le cadre juridique hiérarchique qui encadre les pratiques de soin contraignantes a un champ d'application large – près de 150 000 personnes dans les années 1960 –, mais un très vaste ensemble de pratiques en santé mentale ayant des dimensions contraignantes sont réalisées hors de ce cadre. Les débats qui se poursuivent sur la révision de la loi témoignent de cette tension, certains psychiatres réclamant son abrogation, tandis que des juristes souhaitent la préserver afin d'« assurer la sauvegarde de la personne humaine et celle de la notion de droit »¹⁴.

¹¹ Koubi G., Les circulaires administratives, *Economica*, 2003

¹² Henckes N., Un tournant dans les régulations de l'institution psychiatrique: la trajectoire de la réforme des hôpitaux psychiatriques en France de l'avant-guerre aux années 1950, *Genèses*, 76, septembre 2009, p.76-98 ; Von Bueltzingsloewen I., Réalité et perspective de la médicalisation de la folie dans la France de l'entre-deux-guerres, *Genèses*, 1(82), 2011, 52-74

¹³ Circulaire du 28 février 1951

¹⁴ Prévault J., *L'internement administratif des aliénés*, Paris, LGDJ, 1955, p.4-7

1.2. La diversification des règles juridiques dans les années 1960/70

Justifiée par une conception globale de l'aliénation et de sa thérapeutique, la loi de 1838 donnait un mandat social général aux psychiatres. Ce mandat portait non seulement sur des actes médicaux mais également sur le travail, les sources de revenus, ou la gestion des biens des malades, autant de dimensions matérielles et sociales intégrées dans la prise en charge au titre de leur finalité thérapeutique. Entre 1968 et 1975, différentes lois viennent défaire le cadre juridique initial de la prise en charge des malades organisée par la loi de 1838.

Déspréscription administrative partielle de la psychiatrie et autonomisation administrative d'autres formes de pratiques

Cette déspréscription de l'organisation des pratiques en santé mentale, au sens où elle perd en partie son caractère spécifique¹⁵, se traduit d'abord par le développement de ces pratiques à l'extérieur des établissements psychiatriques. La loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, et visant explicitement à réformer partiellement la loi du 30 juin 1838, abroge le placement systématique sous administration provisoire des malades internés dans les hôpitaux psychiatriques et vise à faciliter la mise sous protection de personnes en dehors de l'hôpital¹⁶. Elle s'inscrit ce faisant dans la dynamique promue par une circulaire, dite de « la sectorisation »¹⁷, insistant sur l'importance du soin en santé mentale de prévention et de post-cure. L'administration de ces pratiques hors établissement est également organisée dans les années 1970 par la mise en place d'une politique générale envers les personnes handicapées. Avec la généralisation de l'Allocation Adulte handicapé et l'organisation des Centres d'Aide par le Travail (CAT) la loi d'orientation du 30 juin 1975 se profile la possibilité d'une autonomisation de la prise en charge des personnes handicapées du fait de leur maladie mentale. Une telle possibilité s'actualisera au tournant du XXIème siècle.

A la suite des lois de 1968 et de 1975 conduisent à organiser de nouveaux domaines professionnels s'organisent (les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, la spécialisation de travailleurs sociaux...), cependant que le statut spécial des médecins des hôpitaux psychiatriques est modifié. Les pratiques de soin en santé mentale sont ainsi exercées par des professionnels de statuts et spécialité plus divers et moins spécifiques.

Enfin, une succession de textes portant sur le statut administratif des établissements et services sanitaires et médico-sociaux réduit le champ couvert par la loi de 1838. La loi du 31 décembre 1970 limite la mission des établissements hospitaliers aux activités sanitaires tandis que la circulaire du 24 septembre 1971 conduit à la création d'unités de soin spécifiques destinées au « long séjour », permettant de médicaliser les anciens hospices et établissements gériatriques. En 1975, une loi instaure la distinction entre établissements sanitaires et établissements sociaux et médico-sociaux. Elle clôt un processus qui s'est engagé depuis quelques années d'un point de vue institutionnel et organisationnel, au terme duquel les hôpitaux psychiatriques deviennent des établissements sanitaires ordinaires, à vocation thérapeutique. Les autres lieux d'hébergement et de prise en charge se voient confier l'accueil de populations spécifiques qui étaient jusque-là prises en charge à l'asile. C'est le

¹⁵ Eyraud Benoît, Velpy Livia, De la critique de l'asile à la gestion de l'offre en santé mentale : une désinstitutionnalisation à la française de la psychiatrie ?, Revue française d'administration publique, 2014/1 (149)

¹⁶ Eyraud Benoît et Henckes Nicolas, « Entre psychiatrie, travail social et droit civil, les régulations de la protection de la personne au tournant des années 1968 », Le Mouvement social, 2013

¹⁷ Circulaire du 15 mars 1960 relative au programme d'organisation et d'équipement des départements en matière de lutte contre les maladies mentales.

cas des personnes âgées ou encore des personnes handicapées¹⁸, dont le nombre décroît très fortement dans les hôpitaux psychiatriques au cours de ces années. Enfin, la création de centres médico-psychologiques régionaux dans les prisons, par une circulaire de 1977, qui vise notamment à réduire le recours à l'article D398 du Code pénal qui prévoit le recours à l'hospitalisation des détenus ayant besoin de soins en santé mentale, participe à assouplir les frontières entre enfermement carcéral et soin psychiatrique. La multiplication de lieux aux statuts administratifs variés s'accompagne d'une diversification des règles qui encadrent les pratiques en santé mentale.

Spécialisation des politiques publiques et fragmentation des pratiques

Les dispositions relatives à la réduction de la liberté d'aller-et-venir contenues dans la loi de 1838 sont finalement abrogées en 1990. La nouvelle loi, du 27 juin 1990, renomme les modalités d'hospitalisation sans consentement mais laisse leur contenu quasiment identique. Cependant, ces dispositions occupent alors une place tout à fait différente dans l'encadrement des pratiques en santé mentale. Elles ne constituent plus qu'une modalité de soin parmi d'autres, majoritaires, qui présument le consentement de la personne même si elles sont parfois contraignantes.

Depuis les années 2000, on observe un mouvement de spécialisation de l'encadrement des pratiques en santé mentale par domaine d'action publique, sous la forme de politiques spécifiques à des « publics » dont les délimitations ne sont pas toujours très bien stabilisées. Au-delà de leur diversité, ces politiques manifestent toutes une attention particulière à l'égard des dimensions contraignantes des pratiques concernées, que ce soit autour des modalités de leur développement ou de leur encadrement.

Les pratiques envers *les personnes âgées atteintes de la maladie d'Alzheimer ou apparentées* ont fait l'objet de différents plans d'action publics depuis le début des années 2000. Certaines dispositions concernent les dimensions contraignantes des soins qui sont apportés aux personnes âgées, mais de nombreuses « contraintes interstitielles » ne sont pas encadrées¹⁹. La *protection judiciaire des majeurs*, qui a connu une explosion du nombre de mesures, a fait l'objet d'une ambitieuse réforme avec la loi du 5 mars 2007, qui favorise le développement de services mandataires à la protection des majeurs. En psychiatrie générale, l'autorisation de réaliser des soins sans le consentement de la personne a été élargie aux *pratiques ayant cours hors de l'hôpital*, à l'occasion de la réforme législative du 5 juillet 2011²⁰. Parallèlement, on assiste à la création d'*unités psychiatriques sécurisées*. Dans la suite d'une longue autonomisation de la pratique de la psychiatrie en milieu pénitentiaire²¹, des unités destinées aux détenus seront prévues spécifiquement par le plan santé mentale 2005-2008. Elles ouvriront en même temps que seront développées des unités destinées aux malades qui « présentent pour autrui un danger » particulier²², suite à un plan de financement spécial. Domaine d'action publique en développement, *la prise en charge des personnes porteuses de troubles autistiques* a fait l'objet de plusieurs plans. La très forte mobilisation associative

¹⁸ Chapiro François, Le recours à l'hospitalisation psychiatrique au XXe siècle, *L'information psychiatrique*, 2007, 7(83)

¹⁹ Lechevalier-Hurard Lucie, Faire face aux comportements perturbants : le travail de contrainte en milieu hospitalier gériatrique, *Sociologie du Travail*. 2013, Vol. 55, n° 3, 279-301

²⁰ Velpry Livia, De l'hospitalisation aux soins sans consentement en psychiatrie. *Journal français de psychiatrie*, 2011, p.16-18 ; Marques Ana, Cartographie des acteurs et leur agencement : le cas des Programme des soins sans consentement, à paraître

²¹ Protais Caroline, *Sous l'emprise de la folie ? La restriction de l'irresponsabilité psychiatrique en France 1950-2007*, Doctorat de sociologie mention très honorable avec les félicitations du jury, EHESS, direction Nicolas Dodier, 2011

²² Eyraud B. et Velpry L., 2014, Redéfinir la place de l'enfermement dans la pratique psychiatrique. L'exemple des unités sécurisées, in Bujon T., Dourens C., Le Naour G., *Aux frontières de la médecine*, Editions des archives contemporaines

contre certaines pratiques de soin considérées comme trop contraignantes a abouti à l'élaboration de recommandations de bonne pratique spécifiques²³.

Dans le même temps, les règles juridiques encadrant les pratiques contraignantes semblent se diversifier. La loi du 5 juillet 2011 et plus encore sa révision en septembre 2013, suite à un arrêt du Conseil Constitutionnel, prennent acte de la distinction entre l'acte d'hospitalisation et les différentes autres pratiques de soin dont la personne peut faire l'objet, en termes d'encadrement²⁴. Si la décision d'hospitalisation est soumise au contrôle du juge qui garantit le respect des libertés individuelles, ce n'est pas le cas des multiples traitements qui peuvent pourtant impliquer des interventions sur le corps. Ces derniers relèvent de décisions reposant sur des considérations cliniques ou éthiques, portées par le médecin, ou judiciaires portées par le juge, sans hiérarchie claire.

L'encadrement des pratiques contraignantes fait par ailleurs l'objet de d'une attention particulière dans de nombreux textes produits dans différents domaines d'action publique – plans, rapports, recommandations, lois. Ces textes visent à renforcer la participation de la personne au soin dont elle fait l'objet, à s'appuyer sur ses capacités. Ils produisent également des dispositions visant à développer et à encadrer des pratiques contraignantes qui ne l'étaient pas auparavant, telles que la mise en chambre d'isolement en psychiatrie ou la contention pour les personnes âgées par exemple²⁵. Cependant, l'activité de promotion du consentement comme limitation de la contrainte porte, dans chaque domaine d'action publique, sur des pratiques différentes, produit une très grande diversification des situations.

Conclusion

La loi de 1838 était censée contrôler les pratiques « en santé mentale » selon une logique pyramidale : une loi énonçait des principes et des règles qui étaient mis en œuvre par des autorités médico-administratives. Leur application pouvait faire l'objet de contestations judiciaires. Seules les pratiques contraignantes se déroulant à l'intérieur de ces établissements étaient légalement autorisées ; de très nombreuses pratiques de soin se déroulant hors de ces établissements n'étaient pas régulées selon le même régime.

L'aperçu historique qui précède montre que le contrôle des pratiques en santé mentale a fait l'objet de nombreux aménagements : introduction de règles alternatives à la loi de 1838 par circulaires ; transformation du statut des établissements et des instances chargées d'appliquer et de contrôler les pratiques ; usages très faibles des possibilités de recours et de contentieux²⁶. Ces modifications ont finalement conduit à un éclatement institutionnel, dessinant un changement de paradigme de l'encadrement des pratiques en santé mentale. L'encadrement des pratiques contraignantes illustre tout particulièrement ce changement. A la fin des années 1980, les mesures légales contraignantes ne constituent plus qu'une petite partie des hospitalisations en psychiatrie alors que des pratiques contraignantes en santé mentale ont cours dans d'autres établissements sanitaires et médico-sociaux, où les règles sont rares ou inexistantes.

²³ Chamak Brigitte, 2013, La prise en charge de l'autisme : le traitement médiatique. *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, 61, 4, 231-235

²⁴ Couturier Mathias, La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ?, *Revue de droit sanitaire et social*, 2014

²⁵ ANAES / Service Évaluation en Établissements de Santé, 1998, L'audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie, juin ; ANAES, 2000, Limiter les risques de contention physique de la personne âgée, octobre

²⁶ Les contentieux et recours en matière de soins sans consentement n'ont pas fait l'objet d'analyses systématiques sur la longue durée.

2. Quelques caractéristiques de la régulation des pratiques de soin en santé mentale

Le phénomène de transformation d'un modèle pyramidal, hiérarchique d'encadrement et d'administration n'est pas propre à la santé mentale ; il est transversal à l'ensemble de domaines de la vie sociale²⁷. Nous proposons dans cette seconde partie d'éclairer l'éclatement institutionnel du domaine de la santé mentale en mobilisant les caractéristiques d'un nouveau paradigme de l'encadrement des pratiques, que nous qualifions de régulateur. Dans une première approche, nous définissons ce gouvernement²⁸ du point de vue le plus général par son caractère diffus, décentré, et enchevêtré, qui se décline aussi bien au niveau du rôle des principes de droits, de l'Etat et de son administration, des formes prises par les règles produites, que des modalités de recours au droit et à la justice. En décrivant ici les transformations au travers de ces quatre dimensions, nous souhaitons avant tout souligner la nécessité, pour les comprendre, de saisir l'interdépendance entre le droit et la diversification de ses usages sociaux.

2.1. La fondamentalisation des droits de la « personne vulnérable » et de sa protection

La référence aux droits fondamentaux comme norme idéale se généralise dans l'encadrement des pratiques en santé mentale. Ainsi les textes de lois et plans d'action publique en matière de santé mentale qui indexent-ils les mesures de protection des personnes et la recherche de leur consentement sur les droits fondamentaux.

Si elle s'inscrit dans l'influence croissante des droits fondamentaux dans les productions juridiques nationales, cette tendance relève également d'une attention accrue pour leur traduction dans le domaine de la santé mentale. Depuis la déclaration des droits de l'homme, et sa formulation universelle dans l'après-guerre, les textes affirmant les droits fondamentaux se sont continûment développés dans les dernières décennies, en se focalisant tout particulièrement sur des populations spécifiques, considérées comme particulièrement vulnérables. Le droit à un « meilleur état de santé » était formulé dès 1946 lors de la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé. La convergence croissante, au niveau international, entre le domaine de la santé mentale d'une part, celui des droits fondamentaux et de la protection de la personne, d'autre part, est plus récente²⁹. L'importance de la référence aux droits de l'homme en matière de santé mentale est ainsi affirmée dans le « Plan global pour la santé mentale 2013-2020 » de l'OMS au motif « des nombreuses violations de leurs droits et des discriminations dont sont victimes les personnes atteintes de troubles mentaux. ». Elle s'appuie tout particulièrement sur la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) adoptée par les Nations-Unies le 13 décembre 2006, qui promeut notamment la reconnaissance de l'égale capacité juridique des personnes. Ces droits n'ont pas toujours d'instances d'application permettant de les sanctionner. Se pose donc la question d'une effectivité, qui n'est pas tant celle du contentieux juridique, que de l'appropriation de normes dont il est difficile de dire si la force est morale ou juridique.

L'énoncé de ces droits se fait souvent dans des termes généraux, universalisants, abstraits. Ils définissent ensuite des critères qui autorisent des exceptions, tel que le fait, par exemple, de se passer du consentement de la personne. Ces droits, et leurs exceptions sont repris dans une multiplicité de lois plus spécifiques, mais aussi d'autres textes d'application intermédiaire,

²⁷ Ost François, van de Kerchove Michel, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des Facultés universitaires, 2002

²⁸ Doron, La maladie mentale en question, in Cahiers du Centre Canguilhem, n°2, Les maladies mentales, Paris, PUF, 2008

²⁹ Dudley M., Silove D., Gale F. (eds.), Mental health and human rights. Vision, praxis and courage, Oxford University Press, 2012

qui, en les déclinant, les traduisent et en transforment la portée³⁰. Il existe par ailleurs une grande hétérogénéité dans la façon dont ces droits sont considérés et appliqués en pratique. Ainsi, au sein d'une unité d'hospitalisation ordinaire, si le refus d'un traitement médical fait partie des droits reconnus à la personne hospitalisée, protégé au titre des libertés fondamentales, le refus de s'alimenter n'est pas considéré comme un refus de soin et n'a donc pas la même portée juridique.

Par leur portée universelle, les droits fondamentaux semblent être mobilisés pour produire du consensus et, partant, pour favoriser la participation des acteurs. Leur statut, entre droit positif et morale, demeure cependant ambigu et très dépendant de leur usage par les acteurs pour s'en prévaloir. Ces usages sont particulièrement révélateurs dans le domaine de la santé mentale, du fait que les personnes ont une capacité incertaine à participer et à accéder à leurs droits, ce qui est doublement problématique lorsque des pratiques contraignantes sont réalisées.

Les droits fondamentaux sont aujourd'hui fortement mobilisés dans le domaine des pratiques en santé mentale. La question de leur effectivité et de leur portée se pose pourtant de façon particulièrement aiguë, dans la mesure notamment où ils sont repris de façon très variable dans les textes juridiques selon les domaines institutionnels.

2.2. Une administration autonomisée

Le changement de paradigme concerne en second lieu la place prise par l'administration dans l'encadrement des pratiques. De nombreux travaux ont souligné une dynamique de « démocratisation de l'administration »³¹, se caractérisant aussi bien par l'émergence d'instances et d'acteurs qui modifient la relation entre administrations et administrés, que par le développement de nouveaux outils de gestion. Ce mouvement est structuré par l'impératif de protéger les droits fondamentaux. De ce fait, l'incertitude sur la capacité des usagers à exercer leurs droits, qui caractérise le domaine de la santé mentale, constitue une difficulté centrale dans le mouvement de démocratisation de l'administration.

Les droits des usagers garantis par de nouvelles instances

Les textes juridiques et administratifs mettent en avant les droits dont les usagers peuvent se prévaloir dans ses relations avec l'administration : droit à l'information, accès aux droits-créances, droit à une exigence de qualité... La préoccupation de garantir l'accès à ces droits, y compris en matière de santé mentale où la capacité à consentir des personnes peut être incertaine, se traduit dans des dispositions juridiques³². De nouvelles instances ayant vocation à garantir ces droits apparaissent également depuis la fin des années 1970³³. Elles s'inscrivent directement dans le souci de protection des droits fondamentaux et doivent être dotées d'une certaine autorité morale, aussi bien que d'une autorité d'expertise³⁴. Cela leur permet

³⁰ Merry, Sally Engle, Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle, *American Anthropologist* 108 (1), 2006, 38-51

³¹ Chevallier Jacques, De l'administration démocratique à la démocratie administrative, *Revue française d'administration publique*, 2011, 1-2 (137-138)

³² Cela donne lieu au renforcement de dispositions classiques, comme les mesures de protection, mais aussi à la création de nouvelles dispositions, comme les mandats de protection future, ou les directives anticipées.

³³ La première autorité administrative indépendante créée sera la CNIL, en 1978, qui a pour mission de contrôler les fichiers aussi bien publics que privés.

³⁴ Chevallier Jacques, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP A, 6 août 1986, n° 30 ; Gentot Michel, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, coll. « Clefs », 1994 ; Aidan Géraldine, *De la démocratie administrative à la démocratie sanitaire*, RFAP, 2011

d'influencer la production juridique concernant la protection des droits³⁵. Certaines de ces instances dérivent presque directement de textes internationaux visant à protéger les droits fondamentaux. Ainsi, le Contrôle Général des Lieux de Privation de Liberté (CGLPL) est une autorité indépendante créée en 2007 pour constituer le « mécanisme national de prévention » prévu par le protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines et traitement cruels, inhumains et dégradants (OPCAT) adopté par l'assemblée générale des Nations Unies en 2002, et ratifié par la France³⁶.

L'intervention de ces instances dans le domaine de la santé mentale n'est pas homogène et leur influence est variable. Ainsi, dès la création du CGLPL, les établissements de santé ont été intégrés dans sa compétence, au titre de la législation sur les hospitalisations sans consentement et au nom d'une « formulation maximaliste »³⁷ des lieux contrôlés. En revanche, lorsque le Contrôleur a proposé d'étendre sa compétence aux établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), au motif des « risques d'atteinte aux droits des personnes âgées hébergées en EHPAD », « bien des personnes âgées ou très âgées n'étant pas autorisées à sortir de leur hébergement, parce que, sans capacités suffisantes, elles prendraient trop de risques à s'éloigner »³⁸, cette proposition a été refusée par le législateur. Les rapports établis sur ces visites soulignent que le CGLPL est attentif à ce que le soin n'empiète pas sur un certain nombre de libertés : les règles disparates des règles relatives à l'usage du téléphone mobile sont par exemple dénoncées par le Contrôleur³⁹.

En revanche, dès sa création en 2011⁴⁰, le Défenseur des droits intègre dans son périmètre de compétence les établissements de santé, les établissements pour personnes handicapées (EHPAD) et personnes handicapées (notamment Foyers d'accueil médicalisé et Maisons d'accueil spécialisé)⁴¹. Cela lui confère de réelles compétences dans le domaine de la santé, encore peu mises en avant. Le Défenseur des droits a ainsi établi un guide « des droits des usagers de la santé », qui vise à promouvoir les droits des usagers des établissements de santé.

Evaluer, contrôler et produire des règles sur les pratiques de soin

Depuis le début des années 1990, des instances administratives de protection des droits des usagers sont créés spécifiquement dans le domaine des pratiques de soin. Même si leurs missions portent sur des pratiques de soin largement similaires, les instances sont organisées par domaine. Ont ainsi été créées l'ANAES, qui deviendra la Haute Autorité de Santé (HAS), de l'Agence Nationale de l'Evaluation et de la Qualité des Etablissements et Services Sociaux et Médico-sociaux (2007), de la Caisse Nationale Solidarité Autonomie (CNSA) en 2005.

Les missions de ces instances se déploient dans deux directions principales : des activités de production de recommandations concernant les pratiques de soin d'une part⁴², et des activités de contrôle et d'évaluation de la qualité du service rendu par les administrations de tutelle

³⁵ On peut à cet égard souligner le rôle du Médiateur de la République, créé dès 1973 et très sensibilisé aux problèmes du droit tutélaire, dans l'accélération du processus de réforme de la loi de 2007.

³⁶ Créé par la loi « Dati » du 30 octobre 2007 et organisé par le décret du 12 mars 2008.

³⁷ Exposé des motifs à la loi du 30 octobre 2007

³⁸ Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté, Rapport 2013, p.212-213

³⁹ Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté, Rapport 2012

⁴⁰ Le Défenseur des droits regroupe le médiateur de la république, la Halde, le défenseur des enfants et la Commission nationale de déontologie des forces de sécurité. (Fischer N., Le contrôle général des lieux de privation de liberté, à paraître)

⁴¹ Renaudie Olivier, L'hospitalisation sans consentement devant le juge constitutionnel. Note sous Conseil constitutionnel, 26 novembre 2010, 'Melle Danielle S.', RDSS 2011, p. 304-311

⁴² Les recommandations sont produites à partir de données « scientifiques » qui sont recueillies selon un protocole bien défini (Robelet, 2014). Dans le domaine de la santé comme du médico-social, la place des médecins est prépondérante dans ces instances administratives.

d'autre part. L'évaluation des pratiques de soin mise en œuvre par ces nouvelles instances d'administration – qui conditionnent les agréments administratifs et les éligibilités financières – se traduit par le développement de nouveaux outils et une protocolisation de la gestion des établissements. Là encore, le processus se déroule parallèlement dans les domaines sanitaire et médico-social. Ainsi, suite à la loi de 1991 portant réforme hospitalière et à l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 instaurant l'accréditation des établissements de santé français, différents outils d'évaluation sont mis en place dans les établissements de santé. Dans le médico-social, c'est la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, qui impose des modalités d'évaluation des pratiques dans les établissements sociaux et médico-sociaux. Cette obligation a conduit de nombreux établissements à s'inscrire dans des démarches de certification externes comme celles proposées par l'Afnor.

Dans ces protocolisations, les pratiques en santé mentale sont évaluées au prisme du respect des droits fondamentaux de la personne, par exemple par le critère de « Respect des libertés individuelles et gestion des mesures de restriction de liberté ». La cotation du document d'évaluation décline ce critère à différents niveaux. Ainsi, « La promotion du respect des libertés individuelles » est attendue dans le projet de l'établissement, « les conditions visant à préserver les libertés individuelles et les risques de leur non-respect » sont recherchées dans le projet de prise en charge, et l'identification des « situations nécessitant une restriction de liberté, en particulier celle d'aller et venir (isolement et contention, mais aussi limitation des contacts, des visites, retrait des effets personnels, etc.) »⁴³ est recherchée dans les projets médicaux.

L'émergence de nouvelles instances d'administration est transversale aux secteurs sanitaire et médico-social, même si elle se fait par domaine, contribuant à l'éclatement institutionnel. La référence aux droits fondamentaux, en particulier de protection de la personne, constituent une source de légitimité commune pour ces instances. Malgré les tensions que cela engendre, ces instances mobilisent donc fortement cette référence lorsqu'elles cherchent à encadrer les pratiques contraignantes et à s'assurer de la capacité des personnes d'accéder à leurs droits, qui caractérisent la santé mentale.

L'impact réel de ces nouvelles instances est aujourd'hui difficile à apprécier. Dans le cadre de l'évaluation et du contrôle des pratiques en santé mentale, leur pouvoir de sanction n'est pas direct, mais elles participent par exemple à légitimer ou disqualifier des demandes budgétaires que les établissements ou services ont vis-à-vis de l'administration. Les différents textes d'évaluation ou de recommandation à portée générale qui sont produits ne sont pas contraignants pour les professionnels, mais jouent un rôle de référence⁴⁴. Ils participent également à la formalisation de documents régulant les pratiques, et donc ainsi à une forme de juridicisation.

2.3. Une juridicisation à deux vitesses

De nombreux travaux soulignent un mouvement de juridicisation des normes sociales qui donne à la règle juridique une place plus grande dans l'encadrement des pratiques et des comportements⁴⁵. Dans ce mouvement, l'accroissement de la proportion de règles juridiques dans la régulation d'une activité sociale est censée produire « une augmentation de leur force

⁴³ HAS, Rapport de certification V2010 de l'établissement Le Vinatier, 2014

⁴⁴ Moreau D., Economie des contraintes dans un service de psychiatrie, à paraître

⁴⁵ La juridicisation, que nous pouvons définir comme « le processus par lequel les normes sociales partagées par un groupe sont transposées dans des règles et dispositifs juridiques explicites » (Delpuech Thierry, Dumoulin Laurence, De Galembert Claire, Sociologie du droit et de la justice, Armand Colin, 2014).

contraignante », et une « diminution de la marge d'autonomie laissée aux acteurs pour adopter d'autres conduites que celles prescrites par le droit »⁴⁶. Cependant, on constate que la dynamique de juridicisation passe également par l'accroissement de règles de « droit souple », qui se caractérisent justement par leur faible degré de contrainte⁴⁷. Dans la juridicisation de l'encadrement des pratiques en santé mentale, ces deux éléments coexistent et se conjuguent avec l'éclatement institutionnel.

Des règles de rang hétérogène : l'encadrement législatif variable de la liberté d'aller et venir

La restriction de la liberté d'aller et venir dans le cadre de l'hospitalisation psychiatrique est encadrée par des dispositions législatives. Les lois du 27 juin 1990 puis du 5 juillet 2011 révisée le 27 septembre 2013 ont maintenu cette possibilité. Ces dispositions continuent à être largement utilisées, le nombre absolu d'hospitalisation dans consentement ayant augmenté dans les années 1990 et 2000⁴⁸. En revanche, la réduction de la liberté d'aller-et-venir ne fait l'objet d'aucun texte juridique de portée législative dans le domaine du handicap ou des personnes âgées.

Les discussions et décisions lors la conférence de consensus organisée par la Fédération Hospitalière de France et l'Anaes sur la question de la liberté d'aller et venir⁴⁹, permettent de comprendre certains enjeux de cette disparité. La réticence à légiférer est justifiée par la crainte de la stigmatisation et est suppléée par la multiplication encouragée de textes de recommandations. Les acteurs posent donc une alternative entre disposition législative et recommandation relevant pleinement du « droit souple », à laquelle ils attachent des enjeux en termes de protection des personnes.

La prolifération de règles de droit souple répétitives et hétérogènes

La formalisation de règles concernant les pratiques de soin, dans des formes proches de textes juridiques, se développe très fortement dans le domaine de la santé. La multiplication du nombre de chartes, qui proviennent d'acteurs publics ou de nombreuses autres instances, professionnelles ou associatives, en est emblématique⁵⁰. Dès 1974, « une charte du malade hospitalisé » a été publiée par le ministère de la santé, dont les principaux critères (notamment sur l'information des malades et des proches, mais aussi sur la qualité du service) sont parallèlement énoncés par décret. En 1995, c'est par circulaire que cette charte est actualisée pour devenir celle « du patient hospitalisé » qui commence en soulignant que la personne hospitalisée n'est pas seulement un malade, mais « une personne avec des droits ». Au début des années 2000, les associations d'usagers en santé mentale ont à leur tour rédigé une « charte ». L'efficacité de cette forme de juridicisation reste discutée⁵¹, peu de travaux étudiant l'appropriation par les acteurs sociaux de ces chartes. Le très fort développement du nombre de recommandations participe également de cette forme souple de juridicisation, qui

⁴⁶ Delpuech Thierry et al., 2014, op. cit.

⁴⁷ Le texte caractérise le droit souple par le fait qu'il cherche à susciter l'adhésion des destinataires, qu'il ne prévoit pas de sanction et qu'il se présente sous la forme de règles de droit. (Conseil d'Etat, Etude annuelle – Le droit souple, La documentation française, 2013)

⁴⁸ Coldefy M. (coord.), La prise en charge de la santé mentale : recueil d'études statistiques, La Documentation française, 2007

⁴⁹ Eyraud Benoît, Lacour Clémence, Lechevalier-Hurard Lucie, La difficile régulation de la liberté d'aller et venir des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer, à paraître 2015

⁵⁰ Dourlens C., Vidal-Naquet P., Des solidarités à engagement limité. La régulation par les chartes, Rapport de recherche, CERPE, 2001

⁵¹ Koubi G., Une notion de charte, la fragilisation de la règle de droit ?, in Les transformations de la régulation juridique, J. Clam, Gilles Martin (dir.), coll. Recherches et Travaux, Droit et Société, MSH 1998, vol. 5, p. 165 à 181

produit des règles au statut juridique équivoque⁵². Dans le domaine de la santé mentale, la HAS a produit une quinzaine de recommandations sur des thématiques spécifiques à la psychiatrie et à la santé mentale, comme la mise en chambre d'isolement, de la liberté d'aller-et-venir, de l'expertise⁵³.

La formulation de règles de droit porte sur de nombreuses pratiques. Cependant, pour chaque pratique, ces règles ont une portée limitée ; elles s'appliquent dans des domaines précis. Par exemple, les conditions et modalités d'administration par la force de médicament sont réglementées en établissement, mais ne le sont pas à domicile, ce qui pose problème aux services intervenants. D'une manière générale, les pratiques se déroulant en établissement semblent beaucoup plus contrôlés et normés que celles se déroulant au domicile des personnes.

En outre, la densité de règles ou de recommandations varie de façon très importante selon les pratiques concernées. Ainsi, la liberté d'aller-et-venir fait l'objet de nombreux rapports, où sont abordées différentes pratiques comme la mise en chambre d'isolement, les fermetures de services, ou encore les contentions mécaniques. En revanche, l'alimentation, l'hygiène corporelle, ou encore l'écoute⁵⁴ n'ont pas, ou peu, de recommandations dédiées.

Ainsi, les changements relatifs à la place et à la nature des règles juridiques sont difficiles à saisir. La juridicisation de l'encadrement des pratiques de soin se traduit d'un côté par le développement de règles impératives, et de l'autre par la multiplication de règles souples et incitatives. La suite du programme de recherche permettra de déterminer si l'usage de ces règles dépend d'une hiérarchie des normes clairement établie ou plutôt des contextes d'administration des établissements et de qualification des pratiques.

2.4. Judiciarisation et recours aux droits

Enfin, le changement de paradigme de l'encadrement des pratiques en santé mentale touche la question de la possibilité de leur contestation, que ce soit dans le champ administratif ou dans le champ judiciaire. Sur cette dimension cruciale des modalités de gouvernement⁵⁵, on observe une dynamique de judiciarisation, tendances repérées d'une façon plus générale, dans de nombreux travaux récents⁵⁶.

La place du juge dans les procédures de placement/hospitalisation a été régulièrement débattue depuis les discussions sur la loi de 1838 et le législateur d'alors a choisi de limiter fortement le rôle du juge dans la procédure de placement. La décision du législateur d'introduire dans la loi du 5 juillet 2011 le contrôle systématique des mesures d'hospitalisation sans consentement par le juge des libertés et de la détention s'inscrit dans processus social de judiciarisation complexe⁵⁷. La décision du Conseil Constitutionnel⁵⁸ à

⁵² Krzisch Delphine, Force normative et efficacité des recommandations de bonne pratique en matière médicale, RDSS 2014, n° 6, p. 1087-1101

⁵³ Saetta Sébastien, Les recommandations dans le domaine de l'expertise psychiatrique pénale, à paraître

⁵⁴ L'écoute, qui est une pratique de soin transversale à la consultation à domicile, au service hospitalier, ou aux unités spécialisées accueillant des détenus ou des justiciables, voit ses modalités d'exercice et sa signification y différer fortement.

⁵⁵ Garrau M., Le Goff A., Vulnérabilité, non-domination et autonomie : l'apport du néorépublicanisme, Astéris, 6, 2009

⁵⁶ Commaillé, J. et Dumoulin, L., "Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation", L'Année sociologique 59, 1, 2009 ; Pelisse J., "Droit du travail. Judiciarisation et/ou juridicisation", in J. Allouche (coord.), *Encyclopédie des ressources humaines : théories, instruments, méthodes, auteurs*, 3e édition, Paris, Vuibert, 2012, pp. 416-42

⁵⁷ Péchillon Eric, Place de la jurisprudence dans la gestion et l'évolution de la législation relative aux soins sous contrainte Annales Médico-psychologiques, 170 (10) Décembre 2012, p.706-710

⁵⁸ Cette décision du 26 novembre 2010 déclare contraire à la Constitution l'article L. 337 du code de la santé publique qui

l'origine de la loi fait suite à une Question Prioritaire de Constitutionnalité, dispositif récent qui élargit l'accès au droit des citoyens. La plaignante a introduit la question avec le concours d'une association de défense des droits des personnes hospitalisées en psychiatrie, le Groupe Information Asile (GIA). Cette mobilisation du droit dans un usage militant, dit de « cause lawyering »⁵⁹, par le recours systématique au contentieux judiciaire a été favorisé, dans le domaine de la santé mentale par une succession d'arrêts pris par la Cour Européenne des droits de l'Homme, suite à l'arrêt Winterwerp de 1979.

Les phénomènes de non-recours au droit⁶⁰ sont également une caractéristique des pratiques en santé mentale. Il y est sans doute accentué par la différenciation des instances judiciaires garantissant les droits. Le juge des tutelles a ainsi été créé avec le souci de démocratiser l'accès à ce droit⁶¹, mais le législateur a à plusieurs reprises refusé de donner à ce juge une compétence sur le contrôle des mesures d'hospitalisation sans consentement, au profit du juge des libertés. Cela souligne les tensions entre différents offices du juge⁶² : la défense des libertés individuelles est dissociée de la protection de l'exercice de ses droits par la personne. Cette tension se traduit par exemple dans les motifs de la réforme des tutelles de 2007 qui s'inquiètent de l'augmentation du nombre de mesures de protection – autour de 800 000 personnes sont aujourd'hui sous mesure judiciaire –, l'une des motivations de ces mesures étant précisément de permettre à des personnes ayant un affaiblissement de leur capacité d'exercer leurs droits et de recourir notamment aux différentes prestations sociales auxquelles elles peuvent avoir droit.

Abordée ici au travers du rôle du juge, la dynamique de judiciarisation comme le phénomène de recours au droit sont marqués par les tensions dans l'articulation entre la garantie des libertés individuelles, et la protection de l'exercice de ses droits.

Conclusion : Vers une approche interdisciplinaire

S'appuyant sur le constat de la diversité des règles juridiques encadrant les pratiques en santé mentale, particulièrement visible concernant leurs dimensions contraignantes, cet article visait à souligner les enjeux d'une problématisation de cette diversité, qui permette une nécessaire analyse interdisciplinaire.

Pour cela, il a cherché à comparer un mode pyramidal d'encadrement des pratiques, observable historiquement, à un mode plus régulateur des pratiques. Ainsi, on a montré dans une première partie que pendant longtemps, les pratiques en santé mentale ont fait l'objet d'un droit centré sur l'asile, censé garantir des risques d'empiètement aux libertés des personnes. La difficulté à réformer ce droit a conduit à diversifier l'encadrement des pratiques en santé mentale.

L'encadrement plus régulateur des pratiques que nous avons décrit se caractérise par des principes fortement appuyés sur les droits fondamentaux, une autonomisation des instances administratives chargées de les appliquer, une juridicisation de leurs règles, et une judiciarisation de leur application. Nous avons souligné les difficultés spécifiques que pose cet encadrement dans le domaine de la santé mentale : la référence aux droits fondamentaux

autorise le maintien de l'hospitalisation sans consentement sans contrôle de la décision par une juridiction judiciaire.

⁵⁹ Israel Liora, Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering, Revue de droit sanitaire et social, 2001

⁶⁰ Warin Philippe, L'accès aux droits sociaux, PUG, 2007

⁶¹ Carbonnier J., *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1969

⁶² Garapon A., Perdirolle S., Bernabé B., La prudence et l'autorité : juges et procureurs du XXI^e siècle, Odile Jacob, 2014

dans les textes de droits souples, qui se multiplie, saisit mal les difficultés posées par les dimensions contraignantes des pratiques de soin en santé mentale ; la production du droit et ses usages sont de plus en plus flexibles et se déploient par domaine institutionnel, ce qui réduit une effectivité du droit pourtant revendiquée par les nouvelles instances d'administration ; la juridicisation importante de certains pratiques réalisées par les soignants, comme la réduction des possibilités d'aller et venir, s'accompagne d'un flou juridique concernant d'autres pratiques telles que l'écoute ou l'alimentation ; la multiplication des instances judiciaires de recours révèle des tensions entre des droits relevant des sphères privées et publiques.

Ainsi, en se situant à la frontière de deux principes constitutifs des sociétés démocratiques, la capacités des personnes à se gouverner, et la protection des individus contre les empiètements de la puissance publique, les pratiques de soin en santé mentale sont particulièrement heuristiques pour examiner les tensions à l'œuvre entre les normes idéales de gouvernement et leur mise en œuvre dans la vie sociale.

Afin d'éclairer ces tensions, le programme Contrast situe sa réflexion à la frontière des champs disciplinaires et transversale aux domaines institutionnels. Il vise à articuler, dans le domaine de la santé mentale, les usages sociaux des droits et la force des textes qui les constituent. En croisant les sciences sociales et juridiques, les enquêtes empiriques permettront de caractériser les contextes de régulation pluriels dans lesquelles les pratiques sont réalisées, qui résultent d'une combinaison entre le cadre juridique et éthique de la relation de soin, incarné dans un ensemble de règles de degré hétérogène, les modalités d'intervention thérapeutique et le statut de la personne suivie. Le travail empirique permettra également d'analyser, dans ces contextes variés, les usages sociaux des règles existantes, au travers de la manière dont les acteurs résolvent en situation les dilemmes dans lesquels ils se trouvent.