

Le CRA chemin faisant

par Jean-Marie PONTIER

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris I)



Les institutions, comme les êtres humains, suivent un chemin qui n'est jamais entièrement tracé à l'avance, parce que des événements, les uns attendus et prévisibles, d'autres qui le sont moins ou qui ne le sont pas du tout, viennent affecter ou perturber le voyage. Ce qui importe, sans doute, ce n'est pas nécessairement de savoir sur quoi débouchera le chemin, car cela ne relève pas de notre connaissance, mais la raison pour laquelle on l'a emprunté et la raison pour laquelle on continue d'avancer.

Le chemin d'une institution est celui tracé par les personnes qui l'animent. Les institutions ont l'avantage sur les personnes physiques de leur survivre. C'est tout au moins vrai pour les grandes institutions, au premier chef, l'Etat, dont certains ont pu annoncer un dépérissement qui ne s'est pas produit ou souhaiter un affaiblissement qui est vite regretté dans les temps de crise. Les petites institutions, elles, peuvent connaître des difficultés, elles peuvent disparaître comme ceux qui les font fonctionner.

Mais ce qui est certain c'est que les hommes sont toujours de passage, un passage qui peut être plus ou moins long mais qui est marqué, si l'on s'inscrit dans le temps, par le transitoire. Et l'on pense spontanément, avec ce terme, à la magnifique définition de la modernité par Baudelaire.

Quoi qu'il en soit, et du fait de cette caractéristique, le CRA change, et se renouvelle. Certains nous quittent, en application des règles qui régissent les agents publics. Mlle de Cérou, qui était l'un des « piliers » du CRA, et qui représentait, au-delà de ce dernier, toute une mémoire, celle de la Faculté de Droit et de l'Université, est partie pour la « retraite », atteinte, comme l'on dit, par la limite d'âge.

Curieux termes, d'ailleurs, que ceux-là. On parle de « battre en retraite » ou de « sonner la retraite », ce qui n'est pas très glorieux. On dit aussi « faire retraite », ce qui est déjà beaucoup mieux. Quant à être « atteint », c'est particulièrement dévalorisant, c'est comme une altération, un coup du sort ou de la maladie. Heureusement, nous savons que pour Mlle de Cérou, il n'en est rien et que sa « retraite » sera très active. Elle s'est retirée, mais elle ne restera pas en retrait.

Il est d'ailleurs étrange qu'en un temps où les autorités publiques décident, avec de bonnes raisons à l'appui, un allongement de la durée de cotisation, un départ à la retraite retardée, simultanément, lorsque le temps de travail est échu (on a envie d'écrire : lorsque le délai (de grâce ?) est expiré). La retraite intervient comme un couperet, l'âge de la retraite détermine le départ immédiat – ou presque – de l'intéressé(e) et rompt définitivement le lien entre l'agent et l'administration. N'y aurait-il pas une certaine contradiction ?

Les agents, dans les administrations, ne sont pas toujours remplacés. Mais ici, pour le CRA, nous accueillons Martine Chéron, qui remplace Mlle de Cérou. Martine Chéron nous vient de la scolarité, mais après d'autres services, où elle a toujours fait preuve de sa compétence, de son dévouement et de sa bonne humeur. L'équipe du CRA lui souhaite la bienvenue, connaissant ses qualités humaines aussi bien que professionnelles.

Il y a également ceux qui arrivent, non pas dans l'institution – ce sera peut-être le cas un jour, mais il ne faut pas présumer de leur histoire, qui pourra prendre bien des chemins – mais dans la vie, si précieuse et si rare dans l'univers. Il faut saluer, avec joie, et dans l'ordre d'arrivée, les naissances, d'abord de Merlin, dans le foyer de Samuel

Deliancourt, dont nous nous réjouissons de l'arrivée à la Cour administrative d'appel de Marseille, ensuite de Rémi, dans le foyer d'Olivier Manenti, enfin de Kelenn dans le foyer de Romaric Gueguen. Nous souhaitons à ces très jeunes enfants (et à leurs parents) de pouvoir savourer la vie sans ignorer ses difficultés et ses exigences, et d'être toujours entourés de personnes qui sauront les écouter et les aider.

Le chemin est aussi, et avant tout, pour un centre tel que le CRA, celui de la recherche et donc du travail de ceux, jeunes ou moins jeunes, qui se sont lancés dans l'aventure exigeante d'une thèse. Ce numéro des *Cahiers du CRA* publie deux études qui, sans être des extraits ou des résumés de leur travail, sont des réflexions synthétiques de deux nouveaux docteurs en droit qu'il convient de saluer car, dans les deux cas, ce sont des professionnels qui ont sacrifié beaucoup de leur temps pour soutenir des travaux de qualité, sans autre bénéfice ou récompense que celui d'être allés jusqu'au bout de ce chemin. La fonction de l'Université est *aussi* de permettre à tous ceux qui ne sont pas des étudiants suivant le cursus normal de pouvoir poursuivre des études universitaires et de pouvoir invoquer cet honneur d'être des docteurs en droit de l'université de la République. Et l'honneur de la République (on ne peut pas ne pas penser à Péguy) est que cela puisse se poursuivre.



DROIT À LA SANTÉ, PEURS ET FINANCES PUBLIQUES

par Jean-Marie PONTIER

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris I)

Il semble *a priori* n'y avoir aucun rapport entre ces trois termes, qui renvoient chacun à une problématique propre.

Le « droit à la santé » se présente comme un des droits contemporains, à côté de « nouveaux droits » que l'on a pu qualifier de « droits créances », ou de droits de « troisième génération ». Droits créances parce qu'ils impliquent un changement radical de l'attitude des gouvernants par rapport à la conception traditionnelle des droits. Dans cette dernière les droits qui sont proclamés sont essentiellement des « droit de », c'est-à-dire le droit de pouvoir faire quelque chose sans être inquiété par l'Etat. Les droits de supposent plutôt une abstention de l'Etat, en ce sens que ce dernier doit s'abstenir de faire quoi que ce soit qui puisse empêcher l'exercice de ce droit. Cet exercice ne suppose pas une participation active de l'Etat, c'est son absence qui est souhaitée.

Ces droits « de » ne se limitent pas, mais se ramènent principalement à des libertés politiques. Ces « droits de » sont apparus comme un progrès considérable face au pouvoir autoritaire, voire arbitraire, qui était celui des monarques. Un libéral du début du XIX^{ème} siècle, B. Constant, résume bien ce que sont ces nouvelles libertés, qu'il qualifie globalement de « liberté des modernes » (par opposition à la « liberté des anciens » qui était celle, selon B. Constant, des Grecs, et qui était une « liberté participation ») : c'est « pour chacun le droit de n'être soumis qu'aux lois, de ne pouvoir être arrêté, ni détenu, ni mis à mort, ni maltraité d'aucune manière, par l'effet de la volonté arbitraire d'un ou plusieurs individus », en d'autres termes, c'est la sûreté. Et B. Constant continue en énumérant la liberté d'opinion, le droit de propriété, le droit de réunion, etc. Toutes ces libertés individuelles sont résumées par B. Constant sous la formule de « liberté autonomie » (par opposition à la « liberté participation des anciens »).

Or, ce qui est remarquable dans l'évolution que nous avons connue depuis cette période révolutionnaire et post-révolutionnaire, c'est que, d'une certaine manière, les choses se sont inversées. En d'autres termes, et en reprenant les formules de B. Constant, ce qui était pour ce dernier la liberté des anciens est devenue, pour nous, la liberté des modernes (que nous sommes et que nous prétendons être ; mais il ne faut jamais oublier la formule de La Bruyère dans son « discours à Théophraste » : « nous qui

sommes si modernes serons anciens dans quelques siècles » et, en fait, le « plusieurs siècles » est de trop, on est très vite « ancien »). Comment expliquer cela ?

Plusieurs raisons y ont contribué. D'abord le fait que pour nous, en Occident, ces libertés revendiquées par les libéraux du XIX^{ème} siècle et difficilement conquises sont un fait acquis, même s'il ne faut jamais oublier que, d'une part, cela n'est pas vrai, aujourd'hui encore, dans de nombreux pays au monde, d'autre part, que des retours en arrière sont toujours possibles, que nous ne serons jamais à l'abri du retour du fanatisme, de l'intolérance, de « la bête immonde ». De ce fait, les exigences se sont transformées, se sont portées sur de nouveaux domaines.

C'est là que nous rencontrons les « droits à ». Outre le facteur précité, les transformations économiques, l'industrialisation, l'urbanisation, les crises, les idéologies, ont contribué à l'avènement de cet « Etat Providence » qui a marqué nos pays depuis plus d'un demi-siècle. Cet « Etat Providence » est celui dans lequel le Pouvoir n'est plus considéré comme malfaisant, mais comme agent possible de transformation des sociétés en vue d'un plus grand bien-être des citoyens. Certains politiques iront jusqu'à affirmer (mais pouvaient-ils y croire ?) que l'Etat peut apporter le « bonheur ». Celui-ci est évidemment au-delà de toutes les promesses et de toutes les réalisations du politique, le Pouvoir ne peut apporter le bonheur aux personnes, car cela est d'un autre ordre, mais c'est déjà beaucoup s'il apporte un mieux-être à tous ceux, et ils sont nombreux, qui ont besoin d'être aidés, d'une manière ou d'une autre.

Le « droit à la santé – comme du reste d'autres droits tels que le droit à la culture, le droit à l'éducation, le droit aux loisirs (un auteur s'est rendu célèbre en France en invoquant même un « droit à la paresse »), le droit à un environnement sain, etc., s'inscrit dans cette problématique d'une intervention des pouvoirs publics non seulement attendue mais exigée des citoyens pour qu'un droit proclamé ne soit pas seulement théorique mais soit effectif.

L'une des difficultés récurrentes que l'on rencontre lorsque sont évoqués ces « droits créances » est celle de leur mise en œuvre. Celle-ci suppose d'abord que l'on sache, au moins approximativement, ce que recouvrent ces droits. C'est alors que ce qui paraissait être une affirmation devant faire l'unanimité suscite les divergences les plus profondes. Laissons de côté les autres droits créances – car chacun soulève des difficultés qui lui sont propres – pour ne nous intéresser ici qu'au droit à la santé. Pour proclamer le droit à la santé il faut d'abord savoir ce qu'est la santé. Les difficultés rencontrées dans cette définition sont telles qu'elles deviennent une aporie, à moins que l'on ne cherche à biaiser la question par des aphorismes.

Que la santé soit essentielle, fondamentale, première, ne peut qu'appeler un accord unanime. D'ailleurs, lors de la nouvelle année, lors des vœux, de nombreuses personnes ne disent-elles pas (et plus elles vieillissent, plus cette formule revient...) : « et surtout la santé ». Un grand réalisateur de cinéma, trop oublié aujourd'hui, P. Etaix, a réalisé un film très drôle intitulé « Tant qu'on a la santé ». Mais qu'est-ce donc que la santé ? Il existe une définition donnée par cette institution très officielle, très sérieuse (mais qui peut faillir, comme l'a montré une récente épidémie mondiale), l'Organisation mondiale de la santé (OMS), donne la définition suivante : « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». Diable ! est-on tenté de dire avec une certaine inquiétude. Car si la seconde partie de la formule ne soulève pas de difficulté (quoique, comme aurait dit l'un de nos plus grands humoristes, R. Devos, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si, parfois, certaines « maladies », à condition de pas être contraignantes, ne sont pas stimulantes ...), il n'en va pas de même pour la première : quand est-on dans un état de « complet » bien-être, qui plus est, et de manière cumulative, physique, mental et social ? A bien y réfléchir, il ne doit pas y avoir beaucoup de monde qui a la santé, si l'on suit cette définition. Cela suppose une harmonie avec soi-même, les autres et le monde qui est rarement atteinte, si tant est que cela soit possible. Du coup, rendus inquiets par cette exigence dont nous ne pouvons pas penser sérieusement que nous y répondons vraiment, nous sommes tentés de penser à une autre formule, celle de ce personnage de *Knock*, le docteur Claude Bernard, déclarant : « Tout homme bien-portant est un malade qui s'ignore ». Cette formule, qui joue sur le paradoxe, et constitue une sorte d'écho à la définition de l'OMS, est destinée à nous faire sourire, mais peut nous aider à réfléchir sur ce qu'est la santé.

Admettons, sans poursuivre sur ce point, que l'on peut à peu près se mettre d'accord sur une définition minimale de la santé – mais l'on voit bien que, malgré tout, cette incertitude sur ce qu'est la santé ouvre sur des perspectives sociales et politiques très différentes selon la conception que l'on s'en fait – et regardons alors, du point de vue normatif, comment l'on peut mettre en œuvre ce droit.

Tel qu'il est énoncé, c'est-à-dire de manière très vague, tout au moins en droit constitutionnel français, il ne peut qu'entraîner que des réticences de la part des autorités chargées de le faire appliquer, notamment des juges : quel juge pourrait accepter, sans sortir de son rôle, d'interpréter le contenu de ce droit ? Comment accéder à la demande de celui (au sens générique du terme, bien entendu) qui prétendrait, se fondant sur ce droit à la santé, qu'on lui rembourse ses achats de ginseng (cela, c'est pour nos amis coréens), son voyage et son séjour pour se baigner dans la mer morte

pour guérir une maladie de peau, ses séances de relaxation, voire de gymnastique pour rester en forme (le « complet » état de bien-être). Les choses sont plus sérieuses que ce que laisse entendre ce qui précède : où doit commencer, ou s'arrêter, la prise en charge d'une pathologie ? Si vous allez chez un psychanalyste la question ne se pose pas (il paraît que le paiement est une condition de la réussite de la thérapie ...), mais lorsqu'il s'agit de séances chez un chiropracteur, un ostéopathe, un naturopathe, un spécialiste de médecines énergétiques, etc., faut-il : 1) les reconnaître ? 2) Prendre en charge les patients qui vont les voir ? La question est très difficile, des arguments dans les deux sens sont échangés, un « dialogue de sourds » semble s'établir entre les tenants de la médecine traditionnelle et ceux qui pratiquent ces médecines non conventionnelles.

Donc le terrain de la santé est, si l'on peut dire, un terrain « miné », où les considérations les plus diverses peuvent jouer, où les appréciations purement scientifiques sont contestées ou mal reçues. Dans ce domaine de la santé, que traversent des problématiques très différentes, et contradictoires, deux aspects peuvent être rapidement évoqués, qui ne sont pas sans lien, celui de la peur et celui des finances publiques. Nul doute qu'un grand fabuliste trouverait là matière à réflexion. Contentons-nous de quelques illustrations de problèmes beaucoup plus complexes que ces quelques lignes.

I – LE DROIT À LA SANTÉ ET LA PEUR

Notre société est marquée par une double peur, qui est assez largement contradictoire, la peur qui conduit à consommer des médicaments, et la peur qui conduit à refuser certaines préconisations en matière de santé.

1 – La peur source de consommation de médicaments

Les maladies occupent une place de choix dans le sentiment de peur des Français, et sans doute d'autres peuples. Les ravages causés par certaines maladies, autrefois, expliquent facilement ce sentiment. La peste et le choléra – les deux étant souvent associés, et sont passés dans une expression courante, ce qui en dit long sur la prégnance dans l'imaginaire collectif – furent des maux qui frappèrent de terreur les populations, et la présence constante de la mort donna naissance à ce qu'un grand historien, J. Delumeau, a appelé une « culture de mort ». Cela s'explique, se comprend, mais remarquons à cet égard que nous ne nous comportons pas très différemment de ceux qui nous ont précédés, et dont nous raillons volontiers les comportements

irrationnels : nous sommes tout autant irrationnels qu'ils le furent, comme le montrent les comportements adoptés à propos de certaines épidémies récentes, et nous serions fort inspirés d'être plus mesurés dans nos appréciations moqueuses et méprisantes de nos prédécesseurs.

La peur de mourir, plus encore, peut-être, la peur de vieillir, caractérisent toutes les époques – et bien que la conception de la mort ait beaucoup changé, comme l'a admirablement montré Ph. Ariès dans son Histoire de la mort en Occident – et c'est pourquoi, à toutes les époques, on a recherché les moyens de lutter contre ce vieillissement, de le retarder le plus possible. « C'est un malheur qu'il y a trop peu d'intervalle entre le temps où l'on est trop jeune et le temps où l'on est trop vieux », soupirait Montesquieu. C'est semble-t-il vers le XIII^{ème} siècle que l'on commence vraiment à se préoccuper des moyens de ne pas vieillir trop vite. Aldebrandin explique à la belle-mère de Saint Louis la façon de « se maintenir jeune » tandis que R. Bacon écrit à un pape le *Liber* ou *Epistola de retardatione accidentium senectutis* (cela se passe de traduction ...).

Les sociétés sont toujours en quête de l'élixir de jouvence qui rendrait jeunesse, beauté et santé (pourquoi ne pas vouloir les trois en même temps ?) aux individus. Dans les temps passés certaines substances étaient censées constituer un tel élixir : l'or, l'ambre gris, la chair de vipère, le romarin, l'os de cœur de cerf, etc. La célèbre thériaque serait, aux dires des spécialistes, une version édulcorée du venin de vipère ... Notons d'ailleurs que la recherche de substances de rajeunissement dans les venins n'avait rien d'absurde, de nombreuses recherches sur le cancer utilisent de tels venins. Aujourd'hui on ne propose plus guère d'électuaires, mais l'industrie cosmétique a trouvé là un filon inépuisable. R. Bacon conseillait, pour rester jeune, de se maintenir en joie par le rire, la musique, la compagnie, le spectacle des belles choses, programme que l'on ne renierait pas aujourd'hui, et dont on peut même admirer la modernité.

Nos contemporains croient beaucoup plus, aujourd'hui, en ce domaine, dans les avancées de la science et, régulièrement, des journaux, parfois sérieux (on ne donnera pas de nom ...) cherchent à appâter le public en annonçant, à grands renforts de titres, que l'on vient de trouver une molécule anti-vieillesse, voire, sans craindre l'outrance, « le gène de l'immortalité » (quelquefois, à y regarder de plus près, les titres ajoutent, par un certain scrupule, et en tous petits caractères, un « presque » qui, naturellement, détruit l'affirmation). Un film de science-fiction de 1974, Zardoz, met en scène un monde post-apocalyptique, en 2293, où des « Eternels », qui ont acquis l'immortalité, vivent aux dépens des autres, qualifiés de « Brutes ». Mais les immortels s'ennuient (je n'ose écrire qu'ils s'ennuient à mourir, puisqu'ils ne peuvent pas mourir). Naturellement tout

cela finit très mal pour les immortels, qui accueillent finalement la fin de leur immortalité avec soulagement ...

Evidemment tous ces titres ne sont qu'effet d'annonces, mais certaines molécules se révèlent cependant prometteuses, telles, par exemple, la déhydroépiandrostérone (ou prastérone, pour ceux qui auraient des difficultés à retenir ; il s'agit d'un androgène qui découle de plusieurs transformations successives d'une enzyme produite par les glandes surrénales). Et l'on ne parlera pas de tous ces médicaments recherchés pour un effet déterminé, lorsque les atteintes de l'âge commencent à se faire sentir.

Un autre aspect de cette consommation de médicaments est la recherche du bonheur, c'est bien pour cela que des hommes politiques le promettent à des foules qui l'attendent (V. plus haut). On ne discutera pas ici de ce qu'est le bonheur, sujet de philosophie délicat car pouvant déboucher sur une impasse et, également, passé en thème de culture générale où, comme chacun sait, on ne tranche jamais. Mais un constat s'impose : les hommes (pris, naturellement, au sens générique), recherchent le bonheur, ils veulent être heureux, presque, si l'on peut dire, à n'importe quel prix. C'est pourquoi, faute de le trouver « naturellement », certains vont rechercher des « paradis artificiels ». Cette recherche ne date pas d'aujourd'hui, la différence tient peut-être à sa généralisation, à une forme de « démocratisation » de substances permettant d'accéder à un autre état. Nous sommes évidemment loin, ici, des médicaments et de la santé.

Mais ce qu'il est intéressant d'observer, c'est le recours massif à ce que l'on nomme familièrement les « tranquillisants », et cela touche toute la population. Ce sont des médicaments psychotropes, c'est-à-dire qui ont un effet sur l'activité cérébrale. On les classe généralement en plusieurs familles (les hypnotiques, les antidépresseurs, les neuroleptiques, les sédatifs et les psycho-stimulants). Certes, là encore, cette recherche n'a, en elle-même, rien de vraiment nouveau : le médecin grec Dioscoride, qui recensait dans son *Traité sur la matière médicale* près de 600 plantes, relevait celles qui permettaient de lutter contre le sentiment d'angoisse éprouvé par certains patients.

Mais les moyens médicaux et pharmacologiques n'ont plus rien à voir avec le passé et ce qui est caractéristique de notre époque, et plus particulièrement des Français, c'est la progression de la consommation des benzodiazépines (qui ont un effet anxiolytique) et les Français détiendraient le record du monde de la consommation de ces médicaments. Euphorisants et tranquillisants apparaissent à beaucoup comme un adjuvant pour se maintenir au rythme, dont ils estiment qu'il est obligé, de la société moderne.

2 – La peur, source du refus de se soigner

Il peut paraître étrange d'affirmer que la peur est à l'origine d'un refus de se soigner, les développements qui précèdent semblent montrer que les individus sont prêts à tout pour conserver leur santé. C'est précisément ce qui est en cause, et que l'on va chercher à expliquer dans les lignes qui suivent, sachant que ce développement ne fera pas l'unanimité (c'est un euphémisme) et provoquera des réactions. Celles-ci sont bienvenues, si elles sont motivées par la raison et non par l'émotion, qui a tendance à submerger un peu trop nos contemporains, émotion évidemment alimentée et entretenue par les médias.

De quoi s'agit-il ? Principalement de vaccination. La vaccination est un progrès immense dans l'histoire de l'humanité. Grâce aux vaccinations, nous avons pu faire disparaître de graves maladies présentant un taux de létalité élevé, ou laissant des séquelles très lourdes pour les individus. L'exemple le plus caractéristique sans doute est celui de la variole. Celle-ci, qui fut appelée également « petite vérole », était une maladie d'origine infectieuse d'origine virale, extrêmement contagieuse, due à un pox-virus, dont on trouve des manifestations déjà dans l'Antiquité (on sait que la Chine fut touchée au tout début de notre ère, et ce que l'on connaît sous le nom de « peste antonine », épidémie qui frappa l'Empire romain durant le règne de Marc-Aurèle a peut-être été une épidémie de variole).

On a cherché très tôt à lutter contre la variole en pratiquant la « variolisation » qui consistait déjà en une inoculation de substance variolique prélevée sur une pustule après avoir laissé vieillir le produit et en escomptant une diminution de la virulence. Des personnes célèbres furent atteintes de la variole et, lorsqu'elles n'en moururent pas (Ramsès V serait mort de la variole), en conservèrent les traces indélébiles : parmi les plus connus, Mirabeau, dont une peinture nous révèle les pustules sur le visage, le rendant disgracieux (mais d'autres, comme Beethoven ou Mozart, furent également atteints par la variole, en étant moins marqués que Mirabeau). Jenner permit la mise au point du vaccin contre la variole et la loi du 15 février 1902 rendit cette vaccination obligatoire. D'autres vaccinations furent rendues obligatoires, et demeurent obligatoires pour certaines d'entre elles.

Mais si les vaccinations ont ainsi fait disparaître ou ont largement atténué nombre de maladies, elles ne sont pas sans inconvénients, pour certaines d'entre elles. Car une vaccination est toujours l'inoculation d'un germe infectieux dont la virulence a été atténuée. L'une des plus dangereuses a toujours été la vaccination antivariolique, en raison des montées en température qu'elle est susceptible de provoquer, avec le risque

d'encéphalopathies. Il paraît évident, vu d'aujourd'hui, que les dommages ainsi provoqués par la vaccination doivent être indemnisés (à défaut de pouvoir être réparés, ce qui n'est jamais possible, en matière de santé, si l'on s'en tient à la définition habituelle de la réparation).

Et l'on ne peut que regretter que le juge administratif n'ait pas cru pouvoir instituer une responsabilité sans faute – alors qu'il était clair qu'il n'y avait aucune faute puisque le dommage était dû à la vaccination elle-même, tout ceci ayant abouti à des injustices flagrantes, à un déni d'équité – et qu'il ait fallu deux lois pour qu'une telle responsabilité sans faute soit consacrée, et que les victimes puissent obtenir réparation. Mais la vaccination à grande échelle a porté ses fruits, elle a abouti à l'éradication de la variole dans le monde (on ne parle pas ici des laboratoires militaires qui conservent le virus de la variole comme bien d'autres virus et bactéries très dangereux), au point qu'il est devenu possible de supprimer l'obligation de la vaccination.

Mais il existe d'autres vaccinations qui, sans être obligatoires, sont conseillées, et c'est là que l'on trouve des réticences, voire des résistances et même des rejets dans la population. L'illustration la plus caractéristique est sans doute la vaccination contre l'hépatite B. Il existe plusieurs formes d'hépatites, de la A, contre laquelle il est possible de se faire vacciner, et qui ne pose guère de problèmes, les vaccinations n'ayant lieu que pour ceux qui prennent certaines destinations, à l'hépatite E, dernière venue en quelque sorte, pour laquelle il n'existe pas de vaccination, et qui peut être handicapante. On trouve particulièrement des cas d'hépatite E, en augmentation, dans les régions méditerranéennes (attention à ce que l'on mange). Entre les deux (alphabétiquement tout au moins) on trouve la B et la C. Pour la première il existe une vaccination relativement efficace, pour la seconde il n'en existe pas.

La vaccination contre l'hépatite B a été encouragée par les pouvoirs publics (elle est donc « conseillée ») car, outre qu'elle est facilement transmissible par la salive comme par les relations sexuelles, elle présente le risque de donner lieu à des cirrhoses du foie qui peuvent elles-mêmes dégénérer en cancers. Néanmoins, cette vaccination est moins pratiquée en France que dans d'autres pays d'Europe, en raison d'une peur qui s'est répandue, la peur de contracter, du fait de la vaccination, une maladie dégénérative, notamment une sclérose en plaques. De nombreuses publications à caractère non scientifique affirment qu'il existe un lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques. De nombreux Français sont persuadés de ce lien de causalité et, de ce fait, ne se font pas vacciner et découragent ceux qui seraient susceptibles de se faire vacciner, notamment leurs enfants adolescents.

Le problème est certes complexe. Scientifiquement, aucun lien de causalité n'a pu être mis en évidence, quoi qu'en disent et quoi qu'en pensent certains. Il est vrai que l'on trouve des cas troublants de personnes s'étant fait vacciner contre l'hépatite B et ayant eu, peu de temps après, une sclérose en plaques. Il est vrai, également, que le juge judiciaire et le juge administratif ont, après de nombreuses hésitations, reconnu, dans certains cas, un lien de causalité. Cependant, il ne faut pas conclure trop vite à partir de ces constatations et de ces jurisprudences.

En premier lieu, corrélation ne veut pas dire lien de causalité. Il est indiscutable que certaines personnes ont été atteintes de maladies de ce type après avoir été vaccinées, qu'elles sont persuadées de ce lien de causalité, leur médecin pouvant en être, lui aussi, persuadé. Mais cela ne prouve strictement rien sur le plan scientifique, les cas de sclérose en plaques, même peu de temps après, peuvent être dus à une multitude de facteurs que l'on n'a pas mis en évidence ou que l'on ne connaît pas – cette maladie demeurant à l'heure actuelle très mal connue ; un médecin n'est pas nécessairement plus compétent que son patient pour affirmer le lien de causalité, sa conviction n'est qu'un point de vue aussi peu fondé scientifiquement.

En second lieu, quant au juge, les cas dans lesquels il a retenu le lien de causalité sont intéressants en ce qu'ils montrent simplement que la causalité juridique peut ne pas être la causalité scientifique, que le juge est libre de ne pas suivre les constats scientifiques. On a un peu l'impression que la position du juge est inverse de celle qu'il avait eue pour les vaccinations obligatoires, qu'il cherche un peu à se « racheter ». Il n'y a rien d'anormal à ce que le juge soit libre à l'égard de la science, qu'il admette un lien de causalité qui n'existe pas scientifiquement. A chacun son rôle, serait-on tenté de dire. Le juge n'est pas chargé de dire la vérité scientifique, il est chargé de rendre la justice, et l'on peut admettre que celle-ci est mieux assurée par une réparation accordée par le juge alors que le lien de causalité ne peut être démontré, que le contraire.

Quoi qu'il en soit, cette peur devant la vaccination a des conséquences car, les épidémiologistes l'ont bien montré, l'étendue de la couverture vaccinale d'une population déterminée conditionne le risque de propagation d'une épidémie. En d'autres termes, les non vaccinés sont protégés par les personnes vaccinées, ... mais à condition que ces dernières soient suffisamment nombreuses, sinon l'épidémie se propage plus facilement. La méfiance à l'égard des vaccinations non obligatoires a des conséquences préoccupantes : les épidémiologistes s'inquiètent à l'heure actuelle du recul de la vaccination contre la rougeole, et plusieurs cas de décès dus à cette maladie infantile ont pu être constatés cette année.

Bien qu'il ne s'agisse plus de se soigner, mais parce qu'elle est significative de nos peurs collectives et de nos fantasmes, il faut citer la peur des nanotechnologies. Celles-ci comportent naturellement des risques, comme toute technologie, elles sont également porteuses d'espérance de progrès dans bien des domaines. Or on peut relever des réactions irrationnelles qui en disent long sur les connaissances et l'état d'esprit d'une société. Une commission du débat public sur les nanotechnologies a organisé, comme c'était sa mission, des débats sur la question. Ces débats devaient avoir lieu sur toute la France. Des réunions n'ont pu avoir lieu, ayant été perturbées par des opposants aux nanotechnologies se présentant comme écologistes – ce qui est leur droit le plus strict – et qui ont empêché le débat d'avoir lieu, ce qui est une curieuse conception de la démocratie.

Nos contemporains ironisent volontiers sur les comportements irrationnels de nos prédécesseurs il y a quelques siècles. Ils ne se voient pas. L'obscurantisme d'aujourd'hui n'a rien à envier à celui que l'on reproche à certains moments du Moyen Âge, où les populations avaient au moins l'excuse de ne pas savoir, et de ne pas avoir les moyens de savoir, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui.

Certains semblent se complaire dans les prévisions les plus noires, les perspectives dramatiques pour la santé en raison de ce que nous mangeons, de ce que nous respirons, des rayonnements de toutes sortes que nous recevons, etc. Et cependant, il existe un critère qui paraît assez peu discutable des progrès accomplis, c'est l'espérance de vie. Celle-ci augmente sans cesse depuis des années, nonobstant les prophètes de malheur qui nous annoncent depuis des décennies que tout cela va s'arrêter. Il faudra bien effectivement que cela s'arrête un jour : on ne pourra pas continuer indéfiniment à gagner en espérance de vie, la courbe connaîtra un infléchissement pour atteindre un plateau.

En attendant, premièrement notre époque est la première à connaître une augmentation aussi spectaculaire de l'espérance de vie, deuxièmement jamais l'espérance de vie n'a été aussi longue dans l'histoire, troisièmement nous continuons chaque année à gagner en espérance de vie (en France, 78 ans pour les hommes, 84,8 pour les femmes), et le gain est même énorme puisqu'il est d'un trimestre par an. Si l'espérance de vie des femmes diminue dans l'avenir, il ne faudra pas en chercher la cause dans la chimie, l'environnement, les rayonnements électromagnétiques, mais bien plutôt dans le fait que les femmes fument de plus en plus (et boivent de l'alcool), faisant un « rattrapage » par rapport aux hommes qui, s'il est signe « d'égalité » est surtout garant, à coup sûr, scientifiquement, d'un nombre de cancers en augmentation vertigineuse.

II – VARIATIONS SUR L’AIR DE : LA SANTÉ N’A PAS DE PRIX, MAIS ELLE A UN COÛT...

Nous sommes de mieux en mieux soignés, parce que, notamment, les appareils sont de plus en plus perfectionnés, mais tout cela a un coût. Il n’est pas indécent de s’interroger sur ce coût et, quelle que soit la réponse que l’on apporte, il vaut mieux avoir posé la question que de continuer en ne voulant pas savoir, et en proclamant que le droit à la santé exige que tout soit fait, dans tous les cas, pour soigner le mieux possible, quel que soit le coût.

1 – Un constat facile : l’augmentation des coûts

L’augmentation des coûts de la santé, prise au sens large du terme, est une tendance lourde, inéluctable, pour différentes raisons, que les rapports déposés régulièrement au Parlement mettent bien en évidence. Retenons seulement quelques uns de ces facteurs d’accroissement des coûts, sans établir de hiérarchie entre eux.

Tout d’abord, les équipements médicaux et chirurgicaux deviennent de plus en plus sophistiqués, mais sont également de plus en plus coûteux. Par exemple un « simple » appareil d’échographie coûte entre 50 000 et 150 000 euros, un appareil à image par résonance magnétique coûte entre 700 000 et 1,5 millions d’euros. Une journée d’hospitalisation, en cas d’opération, se monte facilement à plus de 1000, voire 2000 euros par jour. Tout cela cumulé à l’échelon national fait des sommes considérables. On pourrait parler, en recourant à la tendance, très contemporaine, très à la mode, de l’oxymore, de dépenses en abîme, l’abîme étant d’ailleurs, en l’espèce, le déficit des finances publiques, prises au sens large du terme.

Un autre facteur d’accroissement des coûts est lié à l’augmentation de l’espérance de vie. On ne peut que se réjouir de voir les hommes (pris, naturellement, au sens générique du terme, comme il est d’usage) vivre de plus en plus longtemps, le vieillissement étant, au surplus, grâce à l’alimentation, la médecine et quelques autres facteurs, de plus en plus tardif. Mais il est tout aussi évident que plus on vieillit, plus on risque d’être malade, d’avoir besoin de soins, de consommer des médicaments. Tout cela a un coût.

Et l’on n’ose imaginer les coûts qui seraient (ou seront) engendrés par une société dans laquelle chacun pourrait avoir une espérance de vie de 120 ans et où il faudrait changer un certain nombre d’organes, voire, au fur et à mesure, tous les organes des individus pour pouvoir vivre dans des conditions à peu près normales. Certains

scientifiques (ou pseudo-scientifiques) et, plus encore, des journalistes en quête de renommée et de sensation, nous promettent un allongement de la vie jusqu'à 150 ans (d'aucuns vont jusqu'à nous faire miroiter rien moins que l'immortalité, V. plus haut) sans trop s'interroger sur la plausibilité de la chose et en s'interrogeant encore moins sur le coût pour la société ... Mais un certain nombre de citoyens sont prêts à se laisser bercer et berner par ces promesses.

Une troisième source d'augmentation des dépenses, moins souvent perçue, est due à la prise en charge par la société d'indemnisations ou de réparation d'un certain nombre de dommages concernant la santé. Chacun se souvient de « l'affaire du sang contaminé » qui conduisit à des condamnations, au pénal, au civil et devant le juge administratif, mais également le législateur, devant l'émotion suscitée par l'affaire, à créer un fonds d'indemnisation des transfusés, victimes contaminées par le VIH.

Ce fonds a été « fondu » ou, disons de manière plus juridique, intégré à l'Office national d'indemnisation des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), car la multiplication des fonds n'est sans doute pas une chose souhaitable. Une autre indemnisation a été décidée par la loi du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, celle des dommages dus à une hépatite C consécutive à une transfusion de produits sanguins ou l'injection de médicaments dérivés du sang. Il n'y avait en effet aucune raison de traiter différemment des pathologies certes différentes mais ayant une même origine. Cette indemnisation est assurée également par l'ONIAM, un décret du 11 mars 2010 en ayant précisé les conditions d'application.

D'autres situations dommageables se sont présentées ensuite. La dernière en date est celle du Mediator, autrement dit, d'un point pharmacologique plus exact, le benfluorex, qui dérive (comme la fenfluramine) de la norfenfluramine, laquelle est elle-même issue de l'amphétamine (je me permets de renvoyer pour plus de détails à mon article sur « Le fonds Mediator » à l'AJDA d'octobre 2011. Certes, en l'espèce, les premiers accusés sont les laboratoires Servier. Cependant, d'une part, il n'est pas exclu que l'Etat soit lui-même poursuivi et condamné par un juge, d'autre part, et plus spécialement de notre point de vue, le législateur a, là encore, estimé nécessaire d'intervenir en créant un fonds que l'on appelle, en résumé, le « fonds Mediator », par la loi de finances rectificative du 29 juillet 2011. Le rapporteur à l'Assemblée nationale, M. Gilles Carrez, a fait part de ses craintes pour les années suivantes en ce qui concerne les fonds à mobiliser à cette fin.

A titre de comparaison, signalons que le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (Fiva) a indemnisé – selon le rapport du fonds déposé en juillet 2011 – près de

59 000 victimes directes depuis sa création en 2002 et a versé 2,8 milliards d'euros depuis cette date.

D'autres préjudices apparaissent, qui commencent à être pris en compte, ce qui a, quelle que soit la manière dont on aborde la question, un coût. Il en est ainsi du « préjudice d'anxiété », reconnu, dans un arrêt du 11 mai 2010 par la Cour de cassation à propos de salariés qui avaient été exposés à l'amiante (mais qui n'avaient pas développé de cancer), le préjudice, pour ces salariés, étant de vivre jusqu'à la fin de leurs jours avec l'anxiété de contracter un jour l'une des maladies liées à l'amiante.

Il est tout à fait possible d'approuver cette extension des indemnisations, qui ne s'arrêtera pas là (d'autres cas se profilent pour l'avenir ...), mais il faut se souvenir que toute nouvelle avancée a un coût, qui doit bien être supporté, *in fine*, d'une manière ou d'une autre par les individus, les membres de la société.

2 – Les interrogations liées aux contraintes financières

Le coût des soins induit des interrogations qui ne se posaient pas autrefois, ou pas de la même manière. Il pourrait sembler y avoir quelque chose de paradoxal dans ce constat : notre société est – globalement parlant, s'entend, car il est malheureusement avéré que la pauvreté, qui avait reculé dans les années 60, a fait son retour, les écarts se creusent à nouveau – plus riche qu'elle ne l'a jamais été. Comment se fait-il que de telles interrogations se présentent aujourd'hui alors qu'elles ne semblaient pas avoir un tel poids auparavant ?

Il n'est pas si facile que cela de répondre. L'un des facteurs est la fin de la croissance telle que notre pays avait pu la connaître, la fin des « trente glorieuses », cette sortie s'étant accompagnée de difficultés sociales (le chômage, qui prive les personnes d'emploi et, par voie de conséquences, directes et indirectes, prive aussi les budgets publics de rentrées fiscales), l'extension de la couverture sociale à des populations qui n'en bénéficiaient pas, les transformations démographiques, le perfectionnement des techniques médicales et les coûts qui en résultent, sont d'autres facteurs explicatifs. Tout cela n'épuise sans doute pas la question.

Mais, quoi qu'il en soit, les dépenses de santé augmentent et les déficits se creusent aussi. Les pouvoirs publics, de plus en plus soumis à la contrainte de devoir rétablir l'équilibre des comptes, cherchent par tous les moyens à tenter de limiter une dette qui a vertigineusement crû, à résorber les déficits. Ne pouvant ou ne parvenant pas à trouver de nouvelles sources de financement ils essaient de peser sur les dépenses. Cela passe

par le déremboursement de certains médicaments, la maîtrise médicalisée des soins, l'augmentation du ticket modérateur.

Dans la plupart des pays les patients sont amenés à supporter (au sens propre du terme, et pas dans le sens dévoyé qui est celui des médias, voire des hommes politiques) une part plus importante qu'auparavant du coût de la dépense de santé, certains pays allant même jusqu'à supprimer toute prise en charge du malade pour certaines affections au-delà d'un certain âge ... Le modèle de protection sociale de la France est en crise, les solutions à mettre en œuvre sont tout sauf évidentes. Les formules du café du commerce, style « il n'y a qu'à » (Monsieur Niaqua, ainsi que le disait un auteur) ne fonctionnent pas.

La couverture du « cinquième risque », c'est-à-dire le risque dépendance, illustre ces difficultés. Comment financer ce cinquième risque ? Cela ressemble fort à la quadrature du cercle. La Cour des comptes a estimé pour la première fois, dans un rapport de 2005, le montant des dépenses consacrées aux personnes âgées dépendantes. Selon ce rapport, ces dépenses se montaient, en 2003, à 15 milliards d'euros, le chiffre étant de 40 milliards si l'on y inclut les aides destinées aux personnes âgées, mais non liées à la prise en charge de la dépendance milliards d'euros. Où les trouver ?

Nombreux sont ceux qui souhaiteraient que ce financement soit assuré par la solidarité nationale et, sur le principe, une telle demande est parfaitement justifiée : par sa nature ce risque est bien l'un de ceux dont on peut penser qu'il doit être pris en charge par la solidarité nationale. Celle-ci est consacrée constitutionnellement et, plus encore – car la formule constitutionnelle, même en l'étirant le plus possible, ne permet pas tout, le constituant n'ayant évidemment jamais pensé à toutes les situations qui se présentent – par les lois. La difficulté est, là encore, que cette invocation de la solidarité nationale, cet appel à la solidarité nationale, ne peut pas être une baguette magique ou une formule cabalistique qui transformerait le plomb en or, en l'espèce permettrait de créer des ressources là où l'on en manque.

La solidarité nationale, par définition, repose financièrement sur le budget de l'Etat, expression de la nation et chargé de mettre en œuvre cette solidarité nationale. On retombe alors sur la même question, comment trouver de nouvelles ressources budgétaires ? La solidarité nationale n'est pas un puits sans fond dans lequel on pourrait puiser indéfiniment, elle est facteur de considérations basement financières mais qui se rappellent durement, un jour ou un autre, à tous ceux qui auraient tendance à les oublier.

S'agissant de ce cinquième risque, les difficultés pour « boucler » le financement sont telles que les pouvoirs publics ont décidé de reporter sa mise en œuvre : cela aurait été douloureux, financièrement, pour trop de personnes et trop de catégories sociales, et, en année électorale, les citoyens apprécient modérément les sacrifices qui leur sont demandés. Et cependant, un consensus semble s'établir, au moins chez les spécialistes, pour dire qu'il faudra probablement recourir à un « cocktail » pour le financement de ce cinquième risque : il sera fait appel indiscutablement à la solidarité nationale mais, étant donné que celle-ci ne pourra, à elle seule, couvrir toutes les dépenses, les familles seront mises aussi à contribution (ce qui, naturellement, est très mal reçu par les intéressés), ainsi que l'assurance (c'est-à-dire, en définitive, les individus).

Une autre interrogation liée aux considérations financières est de nature éthique. Il ne s'agit pas de s'interroger sur la fin de vie, sur l'accompagnement de cette fin de vie, ou encore sur l'acharnement thérapeutique afin de sauver à n'importe quel prix (au sens, non monétaire, mais de l'état du patient ou de la personne faisant l'objet d'une intervention, par exemple l'enfant réanimé après des heures d'effort). Il y a là un débat éthique (ou des débats) réel, mais qui ne concerne pas directement les finances publiques. En revanche un débat plus récent, de nature à la fois éthique et financière, porte sur le rapport du coût à la santé et les questions que cela suscite.

Il peut paraître choquant, à première vue, que l'on puisse s'interroger sur le coût de traitement d'une maladie, car il importe de soigner le mieux possible le malade, et de chercher à le sauver si sa vie est menacée. Et cependant les questions et les calculs sont inévitables. Ils tiennent d'abord au fait que les établissements hospitaliers comme la nation tiennent des comptes, et qu'il faut savoir combien coûte un lit d'hôpital ou le traitement de telle ou telle pathologie. Et il est bon également, de ce même point de vue, que les citoyens sachent combien coûte leur santé : ces citoyens ont un peu facilement tendance à penser que ce sont les autres qui coûtent cher, et n'ont qu'une idée très approximative – voire aucune idée – sur ces coûts. Rappelons ainsi, à titre d'illustration, que les derniers chiffres établis avec certitude donnent en France une dépense moyenne par an de 10 000 euros pour la prise en charge d'un patient atteint de cancer, cette somme étant de 7500 euros, environ, pour un patient atteint de pathologies cardiovasculaires et de 26 800 euros pour un patient souffrant d'une insuffisance rénale avancée.

Au-delà de la connaissance de ces chiffres, un débat s'est ouvert, depuis quelques années, sur l'intérêt, dans certains cas, de poursuivre les soins, compte tenu du coût de ces derniers. La question ne peut être écartée d'un revers de main au motif qu'elle serait moralement inacceptable. D'ores et déjà certains Etats ont restreint les remboursements

des soins ou des interventions chirurgicales, notamment lorsque les patients ont atteint un certain âge : en Grande-Bretagne, au-delà d'un certain âge les personnes ne sont plus prises en charge par le NHS, si elles veulent continuer à se soigner, elles doivent prendre à leur charge les coûts qui en découlent.

Le débat a rebondi il y a peu de temps à propos des médicaments contre le cancer. Aux Etats-Unis, des spécialistes ont fait valoir, dans un article publié dans une revue spécialisée, qu'un médicament utilisé pour certains cancers du poumon, administré pendant dix-huit semaines, permettait de prolonger la vie des patients de 1,2 mois en moyenne, pour un coût de 80 000 dollars (soit environ 56 000 euros à cette date). Les mêmes auteurs ont calculé que pour prolonger de douze mois la vie des 550 000 Américains qui meurent chaque année du cancer, il faudrait dépenser une somme équivalente à 310 milliards d'euros. Un autre auteur, américain lui aussi, cite le cas d'un médicament pouvant donner six mois de vie supplémentaire à des patients atteints d'un cancer avancé du rein pour un coût de 54 000 dollars (soit environ 38 000 euros). D'où la question, brutale mais qui est posée : ces quelques mois supplémentaires valent-ils cette dépense ?

Dans un récent rapport l'Académie de médecine et la Haute autorité de santé (HAS) déclarent : « La prescription des molécules onéreuses implique un effort très important de la collectivité en faveur d'un malade. Cet effort, dont le résultat inévitable est de réduire les moyens financiers disponibles pour d'autres usages, comme la prévention et la recherche, ne peut se justifier sur le plan éthique que s'il est assorti d'une efficacité notoire ». Certains médicaments nouveaux sont en effet apparus depuis quelques années en matière de lutte contre les cancers, certains ont permis des avancées considérables (par exemple pour la leucémie myéloïde chronique ou certains cancers du sein), tandis que d'autres ont une efficacité moindre que celle que l'on en espérait, tout en étant très coûteux (par exemple l'interféron).

Naturellement il n'existe pas de réponse tranchée à ce type d'interrogations, mais il importe de développer la réflexion sur ce point, faute de quoi les décisions risquent d'être prises brutalement et sans cette étape de réflexion, ce qui ne pourrait qu'engendrer incompréhensions et risques accrus d'inégalités ;

S'agissant de ces médicaments anti-cancer et de leur coût, le président de la commission de la transparence de la Haute autorité de santé fait observer que si l'on prend l'exemple d'une molécule qui prolonge en moyenne la vie du patient de trois mois, cela peut être intéressant pour un cancer qui tue les patients au bout d'un an, mais ce bénéfice de trois mois semble moins important pour un cancer pour lequel 80% des patients sont toujours en vie au bout de cinq ans.

Sur un autre plan, mais toujours en mettant en parallèle le coût des médicaments et des soins et le résultat obtenu, il faut observer, comme cela apparaît dans le rapport précité, que la dépense mise dans les soins ne l'est pas dans la prévention, et que l'on est amené à s'interroger sur la répartition de la ressource en matière de santé entre la prévention et le soin. « Mieux vaut prévenir que guérir », déclare le proverbe, et, dans ce domaine des maladies graves comme le cancer (pris évidemment au sens générique) la possibilité d'éviter un cancer est (ou serait) la réponse idéale non seulement et d'abord, bien entendu, pour les intéressés mais également pour les finances publiques. Cela explique le succès des ouvrages sur les aliments censés être anti-cancer. Leur efficacité n'a jamais été vraiment prouvée (sauf peut-être pour quelques uns d'entre eux) et la publicité qui en est faite sert surtout les intérêts éditoriaux des auteurs d'ouvrages portant sur ce thème. Mais le simple « bon sens » (s'il existe ...) peut aider à se maintenir en bonne santé.

En revanche, on commence à trouver des vaccins pour des cancers bien précis, tel le vaccin contre le papillomavirus, virus qui est à l'origine de certains cancers du col de l'utérus. Une vaccination bien conduite pourrait éviter quelques années après la survenance de cancers et, outre le bénéfice évident pour les intéressées (tellement évident qu'il paraît presque déplacé de le citer), les finances publiques en tireraient également profit.

Il n'existe pas, et on ne trouvera pas, dans l'avenir, de vaccination contre les dépendances multiples qui se manifestent (on parle de plus en plus, se calquant sur le vocabulaire anglo-saxon, d'addictions). S'il s'agit d'une dépendance au chocolat, cela n'est sans doute pas trop grave (le foie, contrairement à une idée reçue, le supporte fort bien, à condition naturellement qu'il s'agisse du seul chocolat qui vaille, le chocolat noir, et remarquons aussi que la « crise de foie » est une sorte de spécificité française que l'on ne trouve guère ailleurs). En revanche, pour d'autres dépendances, c'est un tout autre problème. Et ce problème n'est financier – c'est-à-dire pèse sur les finances publiques – que parce qu'il existe.

Cela signifie que ce problème n'en est un que parce qu'un « mal être » semble s'installer dans nos sociétés. Un auteur parlait, en un autre temps, de « la réforme intellectuelle et morale ». « Vaste programme », aurait pu lui répondre l'un de nos plus grands hommes d'Etat, autrement dit une question autrement plus difficile à régler qu'une crise financière. Et personne, individuellement, n'a les clés de la solution. Il importe aux dirigeants de faire de lucidité, celle qu'évoquait l'un des plus grands penseurs politiques français dans la première moitié du XIXème siècle, et, aussi, de courage. Est-ce trop demander ?

**LE SERVICE PUBLIC ET LA LOI ORGANIQUE
RELATIVE AUX LOIS DE FINANCES DU 1^{ER} AOUT 2001
2001 - 2011 : BILAN ET PERSPECTIVES
(SUR LE PLAN NATIONAL ET INTERNATIONAL)**

Par Michel RODRIGUEZ

Docteur en droit

« Le budget est l'arme du peuple contre tous les abus, contre les abus politiques aussi bien que financiers. C'est une arme légale, paisible, constitutionnelle : vous devez vous en servir pour toutes les réformes que votre amour du bien public vous fait désirer et, en votant le budget, vous devez, quoi qu'on vous dise, examiner toutes les questions qui touchent à la dépense, non seulement dans leurs rapports avec les finances, mais aussi dans leurs rapports avec la liberté ».

Benjamin Constant, le 28 mai 1819¹.

« Patrie du service public »², la France a noué des liens étroits avec cette notion « merveilleusement excitante pour l'esprit »³. Comme le souligne le Professeur Jean-Marie Pontier, « le service public est devenu un bien largement partagé, une référence commune, qui peut être décryptée à des niveaux très différents. (...). Le service public est passé dans le public, les citoyens se sont tout naturellement appropriés la notion, ce qui peut être interprété tout aussi bien comme un signe de vitalité du service public que comme une indication de sa décomposition »⁴.

Contrairement aux autres pays européens, la notion de service public revêt en France une « dimension mythique »⁵, laquelle s'est traduite par de nombreuses incertitudes sur son contenu et ses finalités. Sur le plan doctrinal, de nombreux auteurs ont ainsi dénoncé un « Evangile du service public »⁶, « un thème incantatoire »⁷ réduisant le service public à une simple « étiquette »⁸ ou un « label »⁹. Citant Jacques Caillosse, Didier Sabourault¹⁰ précise dans sa thèse que le service public constitue le « désespoir du juriste »¹¹. Ainsi, le service public est une notion complexe « dans laquelle se mélangent de manière indiscernable, indissociable, et indissoluble le réel et le mythe, soudés par le ciment du droit »¹².

Or, Roger Latournerie a rappelé que le premier devoir d'une notion est d'être « la traduction du réel (...). Au service de la réalité sociale, le droit ne peut accomplir

1 Loïc Philip, *Histoire de la pensée politique en France, de 1789 à nos jours*, Economica, 1993, p. 106.

2 Georges Vedel, Le hasard et la nécessité, *Pouvoirs*, 1989, n° 50, op. citée p. 28.

3 Jean Rivero, Apologie pour les faiseurs de système, D., 1951, chr., op. citée p. 102.

4 Professeur Jean-Marie Pontier, Sur la conception française du service public, *Recueil Dalloz*, Sirey, 1996, 2e cahier chronique, op. citée p. 11.

5 Jacques Chevallier, *Le service public*, PUF, Que sais-je, 6ème édition, op. citée p. 4.

6 Charles Eisenmann, *Les cours de droit administratif*, LGDJ, tome I, page 50.

7 Professeur Jean-Marie Pontier, article précité, p. 13 : « Le service public devient un thème incantatoire, un étendard que l'on brandit, un ostensor élevé contre des proclamations inacceptables comprises comme des profanations ».

8 Waline, RDP, 1956, p. 1061.

9 Didier Truchet, Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et des entreprises nationales, *AJDA*, 1984, p. 427.

10 Didier Sabourault, thèse, *La doctrine et le service public*, 10 novembre 2000.

11 *Ibid*, p. 22.

12 Jacques Chevallier, Le service public. Du mythe à la réalité, *Projet* n° 188, septembre-octobre 1984, p. 879.

convenablement sa tâche qu'en s'interdisant, en toute circonstance, de la méconnaître, fût-ce sous ses aspects les plus inattendus »¹³.

La notion de service public a été rattrapée par ce constat car les services publics constituent avant tout une réalité sociale, politique¹⁴ et économique. La poursuite des finalités d'intérêt général a, depuis plusieurs décennies, un coût qui pèse de manière substantielle sur l'économie de marché et les finances publiques. Cette prise de conscience n'est pas récente en France comme le démontrent les études sur les généalogies de la réforme de l'État¹⁵, laquelle a été qualifiée de « rhétorique du serpent de mer »¹⁶.

Alors même que les acteurs de la sphère marchande privilégiaient une démarche économique et financière, la France a choisi une approche idéologique et politique pour tenter de moderniser ses institutions et son administration. Comme le précisent M.M. Baruch et Bezes, « les années 1920/1930 se caractérisent par le succès public débordant de la *thématique* qui mêle les critiques du régime parlementariste aux appels à l'autonomisation de l'administration face au pouvoir politique et à la rationalisation de ses fonctionnements (...). Juristes, publicistes de l'École libre des sciences politiques, organisateurs rejoints par des hommes politiques multiplient les prises de position et les initiatives de réformes »¹⁷. La quatrième et la cinquième république ont également été riches en propositions de réformes, circulaires et annonces politiques.

A contrario, les finances publiques ont peu évolué. L'ordonnance organique n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances a fait l'objet d'une longévité à laquelle elle n'était pas destinée et le décret du 29 décembre 1962, portant règlement général sur la comptabilité publique, est toujours en vigueur près de 50 ans après sa publication. Toutefois, face à une primauté annoncée des finances privées et de la logique marchande, les finances publiques ont pris une nouvelle dimension dans le débat politique, juridique et économique. Selon Robert Hertzog, « les finances publiques ont gonflé en volume et leur statut a été renforcé et rénové dans tous les registres du droit »¹⁸.

En effet, en réponse aux échecs et limites des projets successifs de modernisation de l'État, le législateur s'est emparé de cette réforme ambitieuse sous un angle non exploité dans l'histoire administrative française, *celui de la gestion publique*. Après trente-cinq tentatives avortées de modification de l'ordonnance du 2 janvier 1959, les efforts conjoints de Didier Migaud et Alain Lambert, alors parlementaires, ont permis la rédaction et le vote de la loi organique n° 2001-692 relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001. Cette loi organique, également appelée « Lolf » ou « nouvelle Constitution financière », se caractérise par le consensus politique qui l'a animée et son origine d'initiative parlementaire, laquelle constitue « une première dans l'histoire budgétaire de la France selon le Professeur Michel Bouvier »¹⁹.

¹³ Roger Latournerie, *EDCE*, 1960, p. 96 et 97.

¹⁴ Michèle Voisset, *Le service public autrement, RFDA*, 1995, p. 318 ; « Même si, en effet, la conception à la française du service public a pu faire sourire, ou agacer, même si elle a des aspects mythiques, elle a eu le mérite de donner du sens, une éthique à l'action administrative, aux agents du service public et au citoyen. Elle a aidé à construire une administration qualifiée, un État de droit, et a nourri un sentiment d'appartenance commune (grâce notamment au principe d'égalité). Le droit étatique est le produit d'une histoire et d'une culture ».

¹⁵ Marc Olivier Baruch et Philippe Bezes, *Généalogies de la réforme de l'État, RFAP*, n° 120, 2006, pp. 625-634.

¹⁶ *Ibid* ; G. Mignot et P. D'Orsay, *La machine administrative*, Paris, Le Seuil, 1968 ; A. Lanza, *Les projets de réforme administrative en France de 1919 à nos jours*, Paris, PUF, 1968.

¹⁷ Article précité.

¹⁸ Robert Hertzog, *Finances publiques, finances privées : nouvelles frontières, nouvelles similitudes ?*, *RFFP*, n° 100, novembre 1997.

¹⁹ Didier Migaud, *La germination de la loi organique relative aux lois de finances*, *La Revue du Trésor*, n° 7, juillet 2006, p. 403.

Dorénavant, la réforme de l'État, la modernisation des services publics et les finances publiques sont étroitement liées²⁰. Comme le souligne André Delion, Conseiller maître honoraire à la Cour des Comptes, « (...) les notions de service public et depuis peu de comptabilité publique ne font plus l'objet de discussions de spécialistes, elles font partie du débat de société sur la réforme de l'État. Cela est d'autant plus vrai en France que ces notions y ont un sens particulier »²¹.

Bien que la Lolf régisse le contenu et le vote des lois de finances, sa portée ne peut être limitée au seul champ des finances publiques. La lecture des rapports parlementaires préparatoires fait rapidement apparaître une volonté de moderniser en profondeur l'action publique. Plus qu'un texte de nature organique, la Lolf est également « un esprit » et « une pratique »²² (I), lesquels ont induit une révolution culturelle - silencieuse pour certains auteurs²³ - voire « une acculturation »²⁴ des acteurs publics.

En outre, face à un contexte de rareté croissante des deniers publics, le « mythe » du service public est dorénavant confronté à la réalité comptable des finances publiques. La satisfaction de l'intérêt général étant par nature subjective, la Lolf impose a contrario une nouvelle approche des services publics sous un angle plus pragmatique, favorisant l'évaluation de l'action publique, « le culte des indicateurs » et une « politique du chiffre » (II).

I / La Lolf, un texte, un esprit et une pratique au bénéfice de la modernisation du service public

Au sein de la sphère publique, la Lolf a induit une réelle dynamique qui se traduit par « le sentiment d'un caractère irréversible » du processus cumulatif des réformes et de « la réorganisation en profondeur des structures internes du système financier public »²⁵. Dans le prolongement des précédentes réformes de modernisation des services publics, le XXI^{ème} siècle se caractérise par sa nature dite « post-moderne »²⁶.

En effet, le législateur n'a pas souhaité réduire la Lolf à un simple cadre organique déterminant les règles budgétaires et comptables applicables à l'État. Les thèmes récurrents de la modernisation de l'État sont concentrés dans la Lolf et ses textes subséquents. Les notions de qualité, de régularité, de sincérité, de performance, d'objectifs ou de résultats de l'action publique guident notamment l'action des services publics, laquelle est annuellement encadrée par chaque loi de finances.

Alors que les précédentes réformes se voulaient idéologiques, la Lolf s'inscrit dans une démarche plus pragmatique en privilégiant la gestion des finances publiques, la recherche de performance et la culture du résultat (2) afin de moderniser le service public (1).

²⁰ Pissaloux Jean-Luc, Le Conseil Constitutionnel et les lois de finances - Le contrôle de constitutionnalité de la loi de finances pour 2001, *La Revue du Trésor*, mai 2001.

²¹ André Delion, Service public et comptabilité publique, *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 20 juin 1997, spécial, p. 69.

²² Jean-François Calmette, La loi organique relative aux lois de finances (Lolf) : un texte, un esprit, une pratique, *RFAP*, n° 117, 2006, pp. 43-56.

²³ Didier Maupas, Trésorier-Payeur Général, La Lolf, une révolution silencieuse ?, *La Revue du Trésor*, numéro spécial, n° 7, juillet 2006.

²⁴ Philippe Seguin, Premier Président de la Cour des Comptes, la Lolf « a induit pour les administrations un changement quasi-complet d'univers de gestion, de référentiel, de procédures, d'aucuns diront même de culture...Une telle révolution, une telle acculturation, ne peut se faire en un jour, ni même une année », *La Revue du Trésor*, La Lolf, une révolution silencieuse ?, juillet 2006, n° 7, *op. citée* p. 410.

²⁵ Michel Bouvier, Inventer une nouvelle gouvernance financière publique : fonder l'État du XXI^e siècle, *RFFP*, n° 100, novembre 2007.

²⁶ Robert Hertzog, article précité, p. 2.

1) La Lolf, clef de voûte de la modernisation du service public

La Lolf est avant tout *une loi organique* composée de 68 articles²⁷. Cette loi a profondément modifié le mode de présentation des crédits budgétaires. La précédente présentation par titre et chapitre prévue dans l'ordonnance de 1959 est remplacée par une approche plus fonctionnelle déclinant les crédits budgétaires par mission, programme et action.

Dorénavant, les affectations budgétaires sont rattachées à une politique publique définie relevant d'un ou plusieurs ministères. *Ce dispositif, de nature budgétaire, a permis au Parlement de se réapproprier l'action des pouvoirs publics et des services publics*. En effet, chaque crédit budgétaire est associé à des objectifs précis qui concourent à des finalités d'intérêt général. Concrètement, le vote des lois de finances ne se réduit plus à une simple autorisation budgétaire d'ouverture de crédits par le Parlement. A contrario, les lois de finances constituent *la feuille de route* qui détermine les moyens alloués et les finalités à poursuivre pour chaque service public. Au 1^{er} janvier, chaque gestionnaire public connaît les moyens humains et budgétaires dont il dispose pour atteindre ses objectifs au 31 décembre. En outre, le législateur a autorisé la fongibilité asymétrique des crédits. Cette dernière permet à chaque gestionnaire public de procéder aux arbitrages budgétaires qu'il juge opportuns par programme, à l'exception des crédits de personnel qui restent limitatifs. Néanmoins, ces derniers peuvent être utilisés pour abonder d'autres dépenses (fonctionnement, investissement,...) en cas de vacance(s) d'emploi (non-affectation de personnel, mutation, détachement, disponibilité en cours d'exercice par exemple).

Au cœur de ce dispositif, la Lolf a rendu obligatoire la présentation au Parlement de « projets annuels de performance », lesquels constituent une innovation. L'un des objectifs poursuivis est ainsi de rendre *plus accessible et transparente* l'action publique au bénéfice des usagers, des contribuables ou des citoyens. Concomitamment à l'examen de la loi de finances, chaque ministère doit présenter, de manière exhaustive au Parlement, une synthèse et une analyse prospective des actions envisagées. Chaque politique publique est dorénavant chiffrée, mesurée et contrôlée in fine lors du vote de la loi de règlement à laquelle sont joints des « rapports annuels de performance ». Chaque crédit est alors justifié dès le premier euro de dépenses publiques.

De manière symétrique, cette recherche de performance de l'action publique s'est concrétisée par une nouvelle politique de modernisation de la gestion publique des ressources humaines. Alors que la gestion des emplois publics a pendant longtemps été cantonnée à de simples agrégats budgétaires et au suivi de la masse salariale, la poursuite des objectifs fixés par la Lolf a promu la performance individuelle et la reconnaissance au mérite. Cela s'est traduit par une dynamique de convergence des modes de gestion des emplois publics et privés. A titre d'exemple, la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique a introduit de nouveaux dispositifs méconnus du droit de la fonction publique. Dorénavant, un fonctionnaire titulaire absent peut être remplacé par un agent non titulaire. En outre, afin de pourvoir à un emploi public, le recours à l'intérim est légalisé dans les mêmes conditions que celles imposées aux entreprises privées par le code du travail²⁸. La notion de *management public* est de plus en plus présente dans les ministères. Par ailleurs, l'on assiste au glissement d'une fonction publique de carrière vers une fonction publique de métiers.

Avec la mise en œuvre croissante de la Lolf au sein des services publics, une nouvelle gouvernance publique se dessine sur le modèle de la sphère marchande. Concrètement, « la différence public/privé n'est plus vue comme une frontière unique mais comme un ensemble de différences de degré. En raison de l'interpénétration croissante des logiques et actions publiques et privées, on observe une relative

²⁷ Version consolidée, NOR : ECOXO104681L.

²⁸ Article 21 de la loi précitée.

hybridation des formes »²⁹. Sans remettre en cause les spécificités du service public et du droit public, *cette mixité a permis à la gestion publique de s'enrichir des expériences de la sphère marchande en les adaptant aux finalités d'intérêt général.*

Le nouveau cadre budgétaire et comptable induit par la Lolf conforte ce constat. En effet, sur le modèle du plan comptable général applicable aux entreprises, la Lolf impose le respect des principes de régularité, de sincérité et d'image fidèle du patrimoine de l'État. Depuis le 1^{er} janvier 2005, la comptabilité de l'État comprend à cet effet 3 volets³⁰ :

- une comptabilité de caisse, appelée également comptabilité des recettes et des dépenses budgétaires, laquelle permet de suivre les flux d'entrée et de sortie en rattachant les paiements et les encaissements au budget de l'année en cours,
- une comptabilité générale fondée sur le principe de la constatation des droits et obligations,
- une comptabilité destinée à analyser les coûts des différentes politiques publiques.

Ces nouvelles nomenclatures ont substantiellement modifié la teneur des informations comptables et leurs finalités. La Lolf ne limite plus la comptabilité publique à un dispositif d'enregistrement des dépenses et des recettes publiques. Sans l'exclure, elle complète celui-ci par *une nouvelle dimension qualitative de l'action publique*. Le principe de qualité comptable légalisé par la Lolf, sous le contrôle annuel de la Cour des Comptes, s'étend in fine à l'ensemble de l'action des services publics. A l'instar des lois de Rolland, la qualité est devenue une priorité des services publics. En outre, la comptabilité reflète l'action des pouvoirs publics et des services publics. Chaque écriture est l'expression d'une action publique, laquelle doit concourir à une finalité d'intérêt général. La comptabilité publique est ainsi devenue un outil d'information pour les gestionnaires publics, lequel permet d'optimiser les moyens et les objectifs dont ils ont la charge. Cette nouvelle approche comptable des biens publics a également permis de mesurer la richesse patrimoniale de l'État et de valoriser les biens publics immatériels méconnus du droit domanial. Dans un contexte de rareté des deniers publics, ce travail de recensement et de valorisation des biens publics a démontré que l'action publique pouvait également être une source de plus-value pour la Nation et les entreprises. Le droit public est ainsi confronté à « l'intégration de conceptions à dominantes économiques »³¹ qui modifient l'ensemble des branches du droit public, tels le droit budgétaire, le droit de la fonction publique ou le droit domanial par exemple.

La performance, l'efficacité et l'efficience constituent de nouvelles préoccupations avec lesquelles le juriste doit cohabiter. Aux côtés des valeurs « traditionnelles » ou « historiques » régissant les services publics, des valeurs « émergentes » dites « modernes » sont de plus en plus présentes dans le droit positif³². Les lois de Rolland sont dorénavant complétées par d'autres principes qui modifient la culture administrative. La logique de moyens et le culte de la régularité formelle sont progressivement remplacés par une logique de résultat et la proportionnalité des contrôles, lesquelles répondent désormais au triptyque « risque-qualité-coût ». A titre d'exemple, chaque projet de loi doit dorénavant être précédé d'une étude d'impact précisant ses conséquences économiques, financières, sociales, environnementales, les

²⁹ Desmarais Céline et Abord de Chatillon Emmanuel, Existe-t-il encore des différences entre le travail des managers du public et ceux du privé ?, *RFAP*, n° 128, 2008 ; S. Osborne, The new public governance ?, *Public Management Review*, vol. 8, n° 3, septembre 2006, p. 377-387 ; G.T. Allison, Public and private management : are they fundamentally alike in all unimportant respects ?, in Perry et Kraemer eds, *Public Management*, Palo Alto CA, Mayfield, 1983, p. 72-93.

³⁰ Articles 27 à 30 de la Lolf.

³¹ Jean-François Calmette, La loi organique relative aux lois de finances (Lolf) : un texte, un esprit, une pratique, *RFAP*, n° 117, 2006, pp. 43.

³² *Perspective - Gestions publiques*, n° 25, décembre 2007, p. 2.

coûts et les bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées, ainsi que la méthode de calcul retenue³³.

Dans ce contexte, le rôle du Parlement a été renforcé par la Lolf afin de procéder aux arbitrages qui s'imposent. En effet, un projet de loi de finances ne peut être mis en discussion devant une assemblée avant le vote, en première lecture, du projet de loi de règlement de l'année qui précède³⁴. La nouvelle Constitution financière impose dorénavant au Parlement de se prononcer sur les résultats de l'exercice antérieur avant d'engager de nouveaux crédits, ce qui répond à une logique gestionnaire des finances publiques. Face à ces nouvelles prérogatives et responsabilités, le Parlement est assisté par la Cour des Comptes dont les missions sont également renforcées. Conformément à l'article 58-5° de la Lolf, la Cour des Comptes doit notamment s'assurer de la régularité, de la sincérité et de la fidélité des comptes de l'État. Cette certification est un gage de qualité des comptes de l'État, lequel a démontré ses capacités à se rénover et à se moderniser dans des délais restreints.

2) La performance du service public au cœur de la Lolf

Le montant de la dette publique a rappelé que l'État n'est pas une fiction au travers de laquelle chacun croit vivre aux dépens de tous. La réduction des dépenses publiques impose au service public d'optimiser, de mutualiser leurs compétences et moyens. Loin d'être un frein à cette dynamique, les acteurs publics (ministères, fonctionnaires,...) ont promu des dispositifs pragmatiques afin de répondre aux objectifs de performance induits par la Lolf (b), tout en garantissant une totale transparence financière (a).

a) La performance publique au service d'une plus grande démocratie financière

Au-delà des articles qui la composent, la Lolf est également un « *esprit* ».

En effet, la Lolf ne doit pas être limitée à une simple approche littérale car si sa nature organique circonscrit la portée de ses dispositions, elle renvoie à de nombreuses notions qui trouvent leur application dans des textes subséquents et/ou modifient la culture administrative. Comme le souligne Philippe Seguin, la Lolf a induit pour les administrations « un changement quasi-complet d'univers de gestion, de référentiel, de procédure (...) »³⁵ et cela a suscité un phénomène « d'acculturation »³⁶ au sein des services publics et auprès de leurs agents.

La logique de moyens, qui régnait en maître au sein des administrations, est progressivement remplacée par une logique de résultat et par la culture de performance. Cette recherche de performance trouve ses fondements juridiques dans les articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, aux termes desquels chaque citoyen a le droit de constater « la nécessité de la contribution publique », « d'en suivre l'emploi » et « de demander des comptes ».

En outre, la comptabilité publique renforce la notion de démocratie financière dont les fondements résultent également desdits articles. Dorénavant, chaque usager, chaque contribuable et chaque citoyen peut connaître avec précision l'emploi des fonds publics par mission, programme et action. A cet effet, les projets et les rapports annuels de performance accordent une place prépondérante aux bénéficiaires finaux des prestations publiques. Ainsi, chaque action publique est déclinée en objectifs, lesquels comprennent des indicateurs. Ceux-ci ont vocation à satisfaire des finalités qualitatives, d'efficacité et socio-économiques au bénéfice respectivement des usagers, des contribuables et des

³³ Article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

³⁴ Article 41 de la Lolf.

³⁵ Philippe Seguin, La mise en œuvre de la Lolf, dernière étape avant la certification, *La Revue du Trésor*, n° 7, juillet 2006, p. 410.

³⁶ Ibid.

citoyens. Ces derniers sont au cœur de la réforme de la gestion publique. L'une des subtilités de la Lolf est ainsi de promouvoir un équilibre entre les attentes qualitatives et quantitatives des usagers, celles d'efficacité des deniers publics attendue par les contribuables, et celles de nature « socio-économique » souhaitées par les citoyens.

La Lolf a ainsi légalisé cette notion de performance évoquée dans ses articles 51 et 54. En outre, le premier guide méthodologique relatif à l'application de la Lolf a défini les « trois dimensions de la performance » au service des usagers, des contribuables et des citoyens³⁷.

Dans ce contexte et eu égard aux finalités poursuivies par les services publics, une question s'est néanmoins posée : *qu'est ce qu'un État performant ?* A la lecture de la Lolf, Xavier Inglebert a apporté un premier élément de réponse. Selon cet auteur, « un État performant est un État qui remplit ses missions dans le cadre des finalités d'intérêt général (donc au profit du citoyen) en utilisant au mieux les ressources dont il dispose (au profit du contribuable). Pour assurer le pilotage de cette performance, il doit prendre en compte, au quotidien et dans l'action de proximité, les préoccupations de ces citoyens et contribuables en tant que bénéficiaires des services publics (donc, en tant qu'usagers) »³⁸.

Cette définition résume les finalités poursuivies par la Lolf afin de concilier les attentes de l'ensemble des bénéficiaires des services publics et de « légitimer » l'action publique. Par ailleurs, cette recherche de performance renvoie à une notion méconnue des publicistes, celle « d'efficacité ». Or, l'efficacité des services publics est devenue une réalité administrative à laquelle tout gestionnaire public est confronté. Le service public est dorénavant tenu à la réalisation d'objectifs chiffrés répondant à une logique de performance. Au-delà, la nouvelle Constitution financière impose d'optimiser les moyens publics consommés *afin d'atteindre le meilleur résultat au moindre coût*. Cette analyse était déjà présente dans la doctrine, et plus particulièrement dans les travaux de Gaston Jèze. Roger Latournerie avait également anticipé cette nouvelle dynamique de l'action publique en défendant l'idée de « proportionnalité des moyens et des fins », celle-ci ayant été parfois retenue par la jurisprudence³⁹. Cette recherche d'efficacité de l'action publique s'est notamment traduite par une réorganisation des services de l'État sur le territoire afin de permettre une plus grande mutualisation des moyens et des compétences des services publics. En outre, les dispositifs traditionnels de contrôle des services publics sont progressivement complétés par des « évaluations » prenant la forme de Révision générale des politiques publiques (RGPP). A l'instar des entreprises privées, la sphère publique s'approprie de nouvelles procédures de contrôle de gestion et d'analyse des coûts, à la recherche d'une « représentation chiffrée de la valeur du service public »⁴⁰.

Par nature subjectif, l'intérêt général est dorénavant évalué, chiffré et mesuré par des indicateurs fixés lors du vote des lois de finances. Comme le précise Michel Bouvier, « c'est bien tout un ensemble de valeurs qui se trouve bouleversé et, avec elles, tout un corps de référence (...). Il semble bien que l'on aborde, avec certes des hésitations, un nouveau continent administratif et politique nourri d'une conception systémique de l'organisation de l'ordre social, on veut dire diversifiée et unifiée à la fois, qui laisse

³⁷ *Guide méthodologique pour l'application de la Lolf. La démarche de performance : stratégie, objectifs, indicateurs*, juin 2004.

³⁸ Xavier Inglebert, agrégé d'histoire et ancien élève de l'ENA, *Manager avec la Lolf*, Collection Réforme de l'État, 2005, op. citée p. 262 ; Comme le soulève A. Schick, « Pour être vraiment performante, il faut que l'administration n'accorde plus la priorité à ce qui se passe en son sein mais à ce qui se passe à l'extérieur. Cette évolution doit passer par la redéfinition du rôle joué par les mesures des résultats (...) qui sont surtout utiles pour renseigner le gouvernement sur l'évolution des conditions sociales afin qu'il puisse s'y adapter », L'État performant : réflexions sur une idée entrée dans les esprits mais pas encore dans les faits, *Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire*, volume 3, n° 2, Paris, coll. Gouvernance, 2003, op. citée p. 83-84.

³⁹ Roger Latournerie, *E.D.C.E.*, 1960, De la notion de service public ; CE, 5 janvier 1966, *Hawezack, Rec.* p. 6, *D.*, 1966, p. 317, note Franck Moderne ; TA Nantes, 11 juillet 1966, *Guillaud et ep. Perherin*, 2 jugements, *D.*, 1966, p. 640, note F. Moderne.

⁴⁰ Xavier Inglebert, ouvrage précité, p. 150 ; Pissaloux Jean-Luc, Performance et activités des juridictions administratives, in *Réformes des finances publiques & Modernisation de l'administration, Economica*, octobre 2010.

deviner ce que sera l'État du XXI^e siècle »⁴¹. La révolution engagée par la Lolf, qualifiée initialement de « silencieuse »⁴², s'est traduite par « une révolution des logiques politiques et administratives »⁴³ donnant lieu à « une véritable métamorphose du secteur public »⁴⁴.

Ainsi, la mise en œuvre de la Lolf annonce un nouveau contrat social qui lie l'ensemble des Institutions, les acteurs de la gestion publique, les collectivités territoriales, mais également les usagers, les citoyens et les contribuables. Ce nouveau contrat social impose un décloisonnement des missions entre les acteurs de la gestion publique. En effet, l'État, les collectivités locales et les organismes de sécurité sociale doivent dorénavant s'inscrire dans une démarche partenariale et mutualiser leurs compétences et moyens afin d'optimiser l'emploi des fonds publics⁴⁵. L'extension de la Lolf et de ses principes aux collectivités locales, au service public de la santé et aux organismes de sécurité sociale se développe progressivement. « Un partage de l'effort de réduction des dépenses publiques »⁴⁶ entre toutes les administrations publiques, fondé sur « un pilotage co-responsable », se confirme⁴⁷.

A titre d'exemple, la performance, la qualité, l'efficacité et le binôme « objectifs-résultats » sont au cœur de la réforme des finances sociales en application de la loi organique du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale. En outre, la loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, publiée le 22 juillet 2009 au Journal Officiel, a annoncé une nouvelle conception de la notion de service public hospitalier, en associant étroitement les partenaires privés et en privilégiant la performance des soins. Si les perspectives d'application de la Lolf restent plus mesurées au sein des collectivités locales, elles se traduisent néanmoins par une modernisation des contrôles de l'État. Par ailleurs, cela a favorisé une nouvelle gouvernance des finances publiques locales fondée sur une logique de partenariat et de services associant plus étroitement l'État et les collectivités locales. A l'instar de la Lolf, les services publics locaux ont dorénavant vocation à s'inscrire dans une démarche de performance répondant à la logique des trois « E »⁴⁸ :

- l'**économie** des deniers publics afin d'utiliser les moyens disponibles au meilleur prix,
- l'**efficacité** qui traduit le rapport entre les résultats obtenus et les objectifs fixés,
- l'**efficience** des politiques publiques qui impose de rechercher le meilleur service, au moindre coût.

L'utilisateur, le contribuable et le citoyen sont également au cœur des finalités poursuivies par les services publics locaux. A court terme, cette dynamique sera inéluctablement renforcée par le poids des impôts locaux et leur spécialisation au bénéfice des collectivités locales. Plus généralement, la pérennité du contrat social et du modèle de société qui caractérise la France impose l'adhésion de tous les bénéficiaires des services publics, lesquels sont par ailleurs « financeurs et électeurs ». *Concrètement, un consensus citoyen devra être recherché afin que les finalités poursuivies par les arbitrages budgétaires et les décisions publiques soient acceptées. Le maintien d'un service public de qualité, performant et efficient, renvoie à de nombreuses interrogations*

⁴¹ Michel Bouvier, Inventer une nouvelle gouvernance financière publique : fonder l'État du XXI^e siècle, *RFFP*, n° 100, novembre 2007.

⁴² La Lolf, une révolution silencieuse ?, *La Revue du Trésor*, numéro spécial, n° 7, juillet 2006.

⁴³ Michel Bouvier, Editorial, Réformes, la culture de la performance n'est pas incompatible avec la diversité institutionnelle, *RFFP*, n° 105, février 2009.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Rapport d'information du Sénat n° 616 sur le débat d'orientation des finances publiques pour 2011 : « Un effort partagé entre l'État, la Sécurité Sociale et les collectivités territoriales », p. 13.

⁴⁶ Rapport Pébereau du 14 décembre 2005 intitulé « Des finances publiques au service de notre avenir - Rompre avec la facilité de la dette publique pour renforcer notre croissance économique et notre cohésion sociale », p. 7.

⁴⁷ Pissaloux Jean-Luc, La réforme territoriale et la réorganisation des services financiers de l'État, Colloque de Grenoble, De la réforme territoriale à la réforme de l'État, novembre 2010.

⁴⁸ *Guide pratique pour une démarche d'amélioration globale et progressive de la gestion publique locale*, p. 13, version mars 2010, p. 54.

sur le rôle de l'État, la société dans laquelle nous souhaitons évoluer et les efforts que nous sommes prêts à consentir.

Les partenaires extérieurs de l'État sont également influencés par la lettre et l'esprit de la Lolf. Ainsi, la nouvelle Constitution financière a imposé de circonscrire le champ et l'action des personnes publiques ou privées en charge d'une mission de service public. En droit positif, cela s'est tout d'abord traduit par une nouvelle notion juridique, *celle d'opérateur de l'État*. Contrairement à d'autres pays, la France n'a pas souhaité promouvoir la théorie des agences privilégiant le transfert de missions publiques à des organismes privés. Toutefois, l'externalisation est l'une des modalités utilisées par l'État pour garantir de nombreux services publics. Principalement financées par des deniers publics, la Lolf a fixé un nouveau cadre à l'exercice de ces missions externalisées. Conformément aux articles 5, 51 et 54 de la Lolf, tout organisme bénéficiaire « d'une subvention pour charges de service public » doit dorénavant répondre à un cahier des charges précis, présenté pour la première fois à Bercy le 3 décembre 2009 à l'occasion d'un colloque portant sur la nouvelle gouvernance des opérateurs de l'État. Celle-ci impose de nouvelles sujétions de nature budgétaire, mais également gestionnaire, afin de garantir la qualité, la performance, l'efficacité et la transparence de leurs actions.

b) Des services publics pragmatiques en réponse aux sujétions de la Lolf

Afin de répondre à toutes ces attentes, la Lolf se caractérise par « *sa pratique* » ou plus précisément par ses modalités de mise en œuvre. En effet, la conjugaison de la lettre et de l'esprit de la Lolf a imposé aux services publics une réactivité qui a favorisé le déploiement de dispositifs pragmatiques, voire empiriques.

Dans la culture administrative française, il est d'usage qu'une loi soit complétée par un ou plusieurs décrets et, le cas échéant, par voie de circulaires. Or, malgré le changement de culture et de logique induit par la nouvelle Constitution financière, le décret de 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, pris conformément à l'ordonnance du 2 janvier 1959, n'a pas été modifié. *Les praticiens et les acteurs de la gestion publique ont donc dû innover afin de tenter de trouver un équilibre entre la réforme de la gestion publique, un cadre réglementaire ne répondant plus aux attentes de la Lolf, et la nécessité de moderniser l'ensemble des services publics*. Cela a donné lieu à l'émergence d'un nouvel ordonnancement juridique qualifié par M. Lascombe et M. Vandendriessche de « droit dérivé » ou de « droit mou » de la Lolf⁴⁹.

En effet, de nombreux guides, mémentos et fiches techniques ont ainsi été diffusés afin de permettre aux services de l'État de répondre aux exigences de la Lolf. En outre, chaque année, plusieurs dizaines de circulaires viennent préciser les mesures à prendre par les ministères afin de préparer les grandes étapes des lois de finances (préparation, présentation, évaluation des moyens,...). Un décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008⁵⁰ a ainsi régularisé cette procédure en imposant que les circulaires et les instructions administratives soient tenues à la disposition du public sur un site Internet relevant du Premier Ministre, à compter du 1^{er} mai 2009, afin d'être applicables.

Par ailleurs, la mise en œuvre de la Lolf a donné lieu à la naissance d'un nouveau vocabulaire qualifié de « langage de la Lolf »⁵¹. Comme le note le Professeur Jacques Chevallier, « le coup de force de la doctrine du service public est d'avoir réussi à subsumer les différentes facettes de la gestion publique sous un seul et unique vocable »⁵². Or, la Lolf a enrichi le langage administratif de nouvelles notions dont le sens parle à chacun, malgré l'absence de définition préalable. De manière non exhaustive, les

⁴⁹ MM. Lascombe et Vandendriessche, Le droit dérivé de la Lolf, *AJDA*, 13 mars 2006, p. 541 et 544.

⁵⁰ JO du 10 décembre 2008, p. 18777, complété par un décret n° 2009-471 du 28 avril 2009 publié au JO du 29 avril 2009, p. 7242.

⁵¹ Damien Catteau, La Lolf et la modernisation de la gestion publique. La performance, fondement d'un droit public financier rénové, thèse, Université de Lille 2, 2005, op. citée p. 17.

⁵² Jacques Chevallier, Regards sur une évolution, *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 20 juin 1997, spécial, p. 12.

acteurs de la gestion publique sont dorénavant qualifiés de *gestionnaires*. La notion de *management public* s'est immiscée dans la pratique administrative annonçant celles de *responsabilité managériale* et de *nouvelle gouvernance financière publique*⁵³. *L'intérêt général est décliné en objectifs socio-économique, d'efficacité ou de qualité*. Le terme « service public » est parfois remplacé par celui de « politique publique ». Dans ce contexte, « le vocabulaire des praticiens de la Lof se trouve désormais déconnecté du langage juridique traditionnel »⁵⁴. Toutefois, comme le rappelait Gaston Jèze en 1914, « les mots ont une puissance. Ils évoquent des idées (...). Pour réaliser de nouveaux progrès dans la science administrative, il importe de trouver des termes précis, ne prêtant pas à l'équivoque. C'est la condition indispensable des analyses juridiques approfondies sans lesquelles il ne peut y avoir de solutions satisfaisantes ».

Les services administratifs ont donc fait preuve de pragmatisme et ont ainsi démontré leur capacité à s'adapter, se moderniser et se réformer dans des délais restreints. Si cette démarche peut sembler déroutante au juriste, elle répond à une volonté du législateur de ne pas enfermer les services de l'État dans un carcan juridique. En effet, *le législateur a opté pour une application empirique de la lettre et de l'esprit de la Lof*. Concrètement, cela s'est traduit par une collaboration étroite entre le Parlement, les services de l'État et la Cour des Comptes. Cela a également permis le développement de nouvelles pratiques gestionnaires comme le service facturier, le contrôle hiérarchisé de la dépense ou les conventions partenariales. De manière complémentaire, le droit positif est progressivement adapté aux nécessités pratiques, comme en témoignent la création des contrôleurs budgétaires et comptables ministériels, la fusion des administrations déconcentrées ou encore la réforme des statuts de la fonction publique.

Au terme de six années d'application effective de la Lof, force est de reconnaître que la Lof constitue le socle d'une gouvernance financière renouvelée. Celle-ci a permis d'adapter et de préparer les services publics français aux contraintes budgétaires nationales et internationales, tout en privilégiant la qualité, la performance et l'efficacité des politiques publiques au service de l'intérêt général.

II / La satisfaction de l'intérêt général face à la recherche de performance publique

Comment satisfaire l'intérêt général face aux multiples contraintes d'une gestion publique renouvelée ? Si l'État a en charge l'intérêt général, l'atteinte de cet objectif appelle de nombreuses incertitudes. En effet, la notion d'intérêt général diverge selon que l'on soit usager, contribuable ou citoyen (1). En outre, l'optimisation de l'emploi des deniers publics impose une plus grande responsabilité de l'ensemble des gestionnaires publics face à de nouvelles règles de gouvernance internationale (2).

1) Une nécessaire conciliation des attentes des usagers, des contribuables et des citoyens

Conformément à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, une contribution commune est certes indispensable, mais elle reste limitée « à l'entretien de la force publique » et aux « dépenses d'administration »⁵⁵. Or, ces deux finalités ont souvent fait l'objet d'interprétations extensives. De manière symétrique, une approche quantitative de la dépense publique a été privilégiée au détriment de la qualité, de l'efficacité ou de l'utilité des services rendus. Cela a ainsi favorisé une « culture de la

⁵³ André Barilari, Michel Bouvier, *La nouvelle gouvernance financière publique*, LGDJ, 2004, coll. Systèmes.

⁵⁴ M.M. Duprat et Simmony, *La fonction d'ordonnateur dans le nouveau cadre de la gestion publique*, *RFFP*, n° 103, septembre 2008.

⁵⁵ Article 13.

dépense »⁵⁶ publique accrue par une logique de moyens résultant de l'application des principes traditionnels des finances publiques.

Or, dès le début du XIX^{ème} siècle, de nombreux auteurs ont dénoncé les risques de déviance encourus à défaut de gestion rigoureuse des deniers publics. Joseph-Mathieu d'Agoult, Villèle, Masson, Audiffret, ou encore Alexandre-Maurice Blanc de Lanautte, ont annoncé les prémices d'une gestion publique rénovée en privilégiant la comptabilité d'exercice et la performance de l'action publique⁵⁷. Par la suite, Gaston Jèze a démontré la nécessité de proportionner l'emploi des deniers publics aux besoins et à la satisfaction de l'intérêt général poursuivi. Il a également été l'un des premiers juristes à corréliser les liens existant entre le droit et les finances publiques, jusqu'alors cloisonnés. Selon Monsieur Duverger, « Jèze juriste financier n'est pas différent de Jèze juriste tout court ; le premier ne fait que transposer dans un domaine particulier, en les adaptant, les principes et les techniques définis par le second »⁵⁸. Gaston Jèze a ainsi développé une théorie générale des dépenses publiques en rappelant que l'emploi des deniers publics doit avant tout poursuivre une utilité publique préalablement définie et mesurable⁵⁹.

Toutefois, sur le plan budgétaire, l'endettement des administrations publiques n'a cessé de croître. A la fin du XIX^{ème} siècle, la dette publique était équivalente au montant du PIB. En 1918, elle représentait 130% du PIB. En 1945, ce chiffre est porté à 170%. Après le premier choc pétrolier de 1973, les dépenses publiques ont continué à augmenter de manière plus importante que la production nationale face à des recettes publiques liées à la bonne santé financière de l'économie de marché. En 2004, l'endettement public français était parmi les plus importants des pays de l'Europe des quinze⁶⁰. En 2006, la dette publique s'élevait à 1138 milliards d'euros, soit 66,6% du PIB⁶¹, ce qui représentait une charge financière de plus de 17000 € par français⁶². Fin 2009, la dette publique s'élève à 1489 milliards d'euros et 77,6% du PIB. La contribution des administrations publiques locales à la dette atteint 156,8 milliards d'euros fin 2009, contre 148 milliards d'euros en 2008.

En 2009, le déficit public représente 7,5% du PIB et s'élève à 144,8 milliards d'euros. En augmentation de 80,1 milliards d'euros par rapport à 2008⁶³, ce déficit public a été accentué par la baisse des recettes publiques. Comme le note la Cour des Comptes, la dette publique au sens du traité de Maastricht a augmenté de 98 milliards d'euros en 2010 pour atteindre 1591 milliards d'euros à la fin de l'année. Elle représentait alors 82,3% du PIB, contre 79% fin 2009, ou encore 62000 € par personne ayant un emploi, contre 58000 € fin 2009 (59000 € par ménage fin 2010, contre 55000 € fin 2009)⁶⁴. Ainsi, l'endettement et le déficit public remettent en cause le pacte social sur lequel la

⁵⁶ Rapport Pébereau du 14 décembre 2005 intitulé « Des finances publiques au service de notre avenir - Rompre avec la facilité de la dette publique pour renforcer notre croissance économique et notre cohésion sociale », op. citée p. 128.

⁵⁷ Audiffret, *Le système financier de la France*, Paris, imprimerie et librairie administratives de Paul Dupont, 1863, « Rapport au roi sur l'administration des Finances », p. 7.

⁵⁷ Hauterive, *Eléments d'économie politique, suivis de quelques vues sur l'application des principes de cette science aux règles administratives*, Paris, Fantin, 1817, p. 293 ; Philip Mansel, *Louis XVIII*, Perrin, 1982, p. 205 : « Bien loin de n'avoir rien appris, ni rien oublié, les derniers Bourbons étaient obsédés par l'une des leçons de 1787-1789, à savoir qu'un déficit budgétaire peut être fatal à l'autorité royale » ; Agout Joseph-Mathieu (d'), *Des impôts indirects et des droits de consommation ou essai sur l'origine et le système des impositions françaises comparé avec celui de l'Angleterre*, p. 28 ; Michel Bottin, *Villèle et le contrôle des dépenses publiques. L'ordonnance du 14 septembre 1822. La comptabilité publique, continuité et modernité*, actes du colloque tenu à Bercy les 25 et 26 novembre 1993, CHEFF, 1995, p. 10.

⁵⁸ M. Duverger, Gaston Jèze, juriste financier, *RSLF*, 1954, p. 21.

⁵⁹ Gaston Jèze, *Cours des finances publiques*, Section II – Satisfaction d'un besoin public, p. 47 ; *Cours de Finances Publiques - Théories générales sur les phénomènes financiers, les dépenses publiques, le crédit public ; les taxes ; l'impôt*, 1930-1931.

⁶⁰ La France se situait alors en 5^{ème} place, alors qu'en 1994 ce pays était parmi les moins endettés.

⁶¹ Rapport Richard, « Solidarité et Performance, Les enjeux de la maîtrise des dépenses publiques locales », décembre 2006, p. 1.

⁶² Lettre de mission de M. Breton, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie à Michel Pébereau, du 8 juillet 2005.

⁶³ *Informations rapides*, INSEE, 31 mars 2010, n° 88.

⁶⁴ Cour des Comptes, Rapport sur la situation et les perspectives des finances publiques, juin 2011, p. 19.

société française s'est construite. La solidarité intergénérationnelle est également remise en cause et de nombreux acquis sociaux sont menacés, dont la retraite par répartition et les régimes de sécurité sociale.

De manière symétrique, les contribuables, les citoyens et les usagers sont de plus en plus sensibles au contenu, à la qualité et aux coûts des services publics. Or, la satisfaction de l'intérêt général se heurte à la complexité des finalités poursuivies. Comme le souligne le Conseil d'État, la notion d'intérêt général se caractérise par sa nature subjective. Elle varie dans le temps et dans l'espace. Ainsi, le Conseil d'État précise que « la plasticité est consubstantielle à l'idée d'intérêt général », laquelle évolue selon les besoins sociaux et les enjeux de société⁶⁵. Sur le plan doctrinal, deux approches se sont ainsi développées pour définir l'intérêt général, l'une volontariste, l'autre utilitariste.

L'approche volontariste promeut une conception de l'intérêt général qui transcende la simple somme arithmétique des intérêts particuliers et se détache de l'approche économique des finalités poursuivies⁶⁶. A contrario, l'approche utilitariste de l'intérêt général est fondée sur « la somme algébrique des intérêts individuels » et elle poursuit « le plus grand bonheur du plus grand nombre d'individus »⁶⁷.

La notion d'intérêt général a été inscrite dans le corps de la Lolf. En effet, l'article 7-2° de la Lolf dispose qu'« un programme regroupe les crédits destinés à mettre en œuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions relevant d'un même ministère et auquel sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général (...) ». En plaçant les attentes des bénéficiaires au cœur de l'action publique, la Lolf poursuit un subtil équilibre afin de satisfaire des attentes par nature antagonistes. Chaque service public doit donc répondre à des objectifs socio-économiques, d'efficacité et de qualité, respectivement tournés vers les citoyens, les contribuables et les usagers.

Au sein de la sphère publique, *la Lolf tente ainsi de concilier les approches volontaristes et utilitaristes de la notion d'intérêt général car la pérennité de la nouvelle gouvernance publique impose l'adhésion de l'ensemble des acteurs, qu'ils soient prestataires ou bénéficiaires d'un service public*. Le guide méthodologique de 2004 relatif à la mise en œuvre de la Lolf⁶⁸ précise que la performance se définit comme « la capacité à atteindre des objectifs préalablement fixés, exprimés en termes d'efficacité socio-économique, de qualité de service et d'efficacité de gestion ». Dorénavant, la satisfaction de l'intérêt général est mesurée par référence à ces « trois dimensions de la performance »⁶⁹. L'action des services publics est ainsi hiérarchisée et des priorités guident les politiques publiques. Des indicateurs sont préalablement établis, sous le contrôle du Parlement, afin de mesurer, chiffrer et apprécier les résultats des services publics. A l'instar des entreprises privées, les audits de modernisation, la révision générale des politiques publiques, le contrôle de gestion et l'analyse des coûts se multiplient. L'approche subjective de l'intérêt général est dorénavant complétée par une approche objective, sous-tendue par des critères financiers et économiques.

2) Performance publique et responsabilités publiques face à l'émergence de nouvelles règles de gouvernance mondiale

La recherche de performance publique impose de s'interroger sur la portée de la responsabilité des gestionnaires publics. En effet, en droit positif, seul le comptable public est personnellement et pécuniairement responsable de l'utilisation des deniers publics. Or, la Lolf a accru l'autonomie et la responsabilité budgétaire des gestionnaires

⁶⁵ Conseil d'État, Rapport public, L'intérêt général, 1999, op. citée p. 355.

⁶⁶ *Ibid*, p. 257.

⁶⁷ *Ibid*, p. 253.

⁶⁸ *Guide méthodologique de juin 2004 pour l'application de la Lolf, La démarche de performance : stratégie, objectifs, indicateurs*.

⁶⁹ *Ibid*.

publics. Dans ce contexte, de nouvelles interrogations ont été soulevées afin de déterminer la part de responsabilité incombant à chacun des acteurs de la gestion publique ; qui doit être responsable : le comptable public ou l'ordonnateur ? De quoi sont-ils responsables : des fautes de gestion, des irrégularités formelles des paiements ? Quelle est la nature de la responsabilité des acteurs de la gestion publique : disciplinaire, pénale, financière, managériale ?

Par ailleurs, le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables publics a été maintenu, sans distinction entre les comptables de l'État et ceux en charge des comptes publics locaux. En outre, les comptables publics supportent in fine une responsabilité objective, alors même que la nouvelle gouvernance des finances publiques s'inscrit dans une démarche partenariale. Ce régime de responsabilité exclut toute dimension qualitative de la gestion publique et les manquements de gestion sont rarement sanctionnés. De manière progressive, la mise en œuvre de la Lolf impose un changement de culture et un transfert de responsabilité vers les gestionnaires publics selon un degré restant à définir, sans exclure celle du comptable public inhérente à ses fonctions. De nombreux colloques et études ont mis en évidence les lacunes du droit positif et un projet de réforme, adopté en Conseil des Ministres le 28 octobre 2009, apporte des premiers éléments de réponse qui restent à concrétiser. Comme le souligne le Professeur Jean-Marie Pontier, « la responsabilité paraît parfois d'autant plus attendue ou recherchée que les responsabilités paraissent moins aisées à établir. (...) Ce n'est plus le changement de l'État qui est en jeu, car c'est là un fait acquis. Ce qui est en question c'est le type d'État que nous voulons, et nous nous débattons dans ces aspirations contradictoires sans arriver à nous mettre d'accord, sans même parvenir à définir les objectifs que nous poursuivons (...) »⁷⁰. La Lolf tente d'apporter des éléments de réponse à l'ensemble de ces interrogations. Cependant, de nombreux chantiers restent à finaliser sur le plan national, mais également sur la scène internationale.

L'enjeu des finances publiques dépasse le seul champ national et les déficits publics grèvent directement l'économie internationale. A titre d'exemple, la crise grecque de 2009 a ainsi fait vaciller l'Europe et fragilisé l'euro. En effet, le poids des dépenses publiques influe directement sur les taux d'intérêt, lesquels ont une incidence sur l'investissement des acteurs privés et, in fine, sur le poids des prélèvements publics.

Sur la scène internationale, les États se sont donc inscrits dans une démarche conjointe et partagée de modernisation de leurs modes de gouvernance publique. Celle-ci s'est concrètement traduite par l'émergence de nouvelles règles de gouvernance. Comme le souligne Rolf Alter « (...) la crise économique a révélé la capacité des États à coordonner leurs actions et semble avoir créé de nouveaux mécanismes de gouvernance mondiale, riches d'un grand potentiel pour l'avenir »⁷¹.

Les principaux pays européens se sont donc engagés dans une démarche nationale afin de renforcer les objectifs budgétaires communautaires dans leur ordonnancement juridique. Ainsi, les stratégies des finances publiques nationales s'inscriraient dans le prolongement des choix définis, au niveau européen, dans le programme de stabilité transmis en début d'année à la Commission Européenne par chaque pays.

En Europe, les crises financière et grecque ont fait apparaître la nécessité de renforcer les outils de contrôle et de régulation à l'échelle communautaire⁷². En réponse, a ainsi été annoncée la création, au 1^{er} janvier 2011, d'un Conseil Européen du Risque Systémique, chargé de veiller à la stabilité financière en Europe, et de trois nouvelles autorités européennes chargées de superviser les banques, les assurances et les

⁷⁰ Professeur Jean-Marie Pontier, Responsabilités, responsabilité de l'État, *AJDA*, 16 janvier 2006, *Tribune*, p. 57.

⁷¹ Rolf Alter, Directeur, direction de la gouvernance publique et du développement territorial, OCDE, Renforcer la bonne gestion publique pour assurer un redressement économique solide, *Perspectives Gestions Publiques*, n° 32, septembre 2009, p. 1.

⁷² Commission Européenne, Rapport sur les statistiques du déficit et de la dette publics de la Grèce, janvier 2010.

marchés⁷³. L'un des objectifs poursuivis est de réformer le système européen de supervision afin de permettre une meilleure anticipation des difficultés financières et budgétaires. Sur le plan financier, la stabilité des États est devenue « un enjeu spéculatif » favorisé, notamment, par un dévoiement des Credit Default Swap (CDS) souscrits par des investisseurs pour se couvrir et surtout anticiper la banqueroute de telle ou telle Nation⁷⁴.

En outre, le Conseil Européen des 28 et 29 octobre 2010 s'est engagé dans une « réorientation fondamentale de la gouvernance économique européenne (...) afin de renforcer la discipline budgétaire, en élargissant la surveillance économique et en approfondissant la coordination (...) en vue de la mise en place d'un cadre solide de gestion des crises et d'institutions plus fortes »⁷⁵. Les travaux du groupe de travail, présidé par Van Rompuy, ont été repris par le Conseil dans ses conclusions du 29 octobre 2010 avec pour objectif un accord définitif sur les propositions de la Commission⁷⁶ à l'été 2011 au plus tard.

Enfin, à l'instar des entreprises privées, les États sont dépendants de leur notation par des agences indépendantes. Or, comme le souligne Jean-Pierre Jouyet⁷⁷, ces agences de notation ont acquis des prérogatives susceptibles d'ébranler les finances publiques de nombreux États sur la scène internationale. Il est ainsi dénoncé « le rôle amplificateur »⁷⁸ de leur notation et « du calendrier de leurs annonces »⁷⁹ qui conditionnent la stabilité financière des économies nationales. En effet, depuis le début des années 1990, plusieurs crises de liquidité et de solvabilité des États⁸⁰ ont modifié le périmètre d'analyse des risques imposant de lier les risques bancaires aux risques souverains et politiques.

Compte tenu de l'augmentation croissante des interactions entre la sphère privée et les finances publiques, les agences de notation ont inclus dans leurs analyses la qualité et la solvabilité des comptes publics. Comme en témoignent les graphiques ci-après⁸¹, les États font l'objet d'analyses détaillées, et tout risque de dégradation de leur notation induit des conséquences financières, économiques et politiques :

En conséquence, les agences de notation font désormais l'objet d'un cadre juridique européen⁸² plus contraignant afin de réguler les conditions de notation, contenir les risques de conflits d'intérêts, améliorer la qualité des notations et garantir la transparence des méthodologies utilisées, notamment, sous la double autorité d'organismes publics nationaux et de l'Agence européenne des marchés financiers (AEMF). Malgré les difficultés internationales et le poids de sa dette publique, la France bénéficie d'une crédibilité financière élevée sur la scène internationale et d'une notation de qualité représentée par un triple A (AAA)⁸³. Malgré les critiques récurrentes faites aux politiques publiques et aux services publics français, ces derniers ont su démontrer une capacité d'adaptation et de modernisation exemplaire avec, pour pierre angulaire, la mise en œuvre et le respect des sujétions imposées par la Lolf.

⁷³ Conférence de presse de Christine Lagarde, G20 et avancées de la réforme de la régulation financière, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Bercy, le 2 juin 2010

⁷⁴ AFP, Ces spéculateurs qui parient sur la faillite des États, 19/08/2001, 13:23:36, FRS 1901 0736/AFP-QC81.

⁷⁵ Conclusions du Conseil Européen de Bruxelles, 28 et 29 octobre 2010.

⁷⁶ Ces propositions sont accessibles à partir du lien :

http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/eu_economic_situation/2010-09_eu_economic_governance_proposals_en.htm (au 30/10/2010).

⁷⁷ Jouyet Jean-Pierre, Président de l'AMF, Rapport 2009 de l'AMF sur les agences de notation.

⁷⁸ *Ibid*, p. 3.

⁷⁹ *Ibid*, p. 3.

⁸⁰ Crise mexicaine en 1994-1995, crise asiatique en 1997-1998, crise Russe en 1998, crise argentine en 2001, crise brésilienne en 2002, crise islandaise en 2008 ou encore la crise financière de 2008-2009.

⁸¹ AMF, Rapport sur les agences de notation, 2011.

⁸² Règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit.

⁸³ Site Standards and Poor's, consultable sur leur site à l'adresse électronique suivante au 18 août 2011 : <http://www.standardandpoors.com/ratings/sovereigns/ratings-list/en/us/>

En conclusion, la prochaine décennie devra répondre aux défis posés par la « bulle des déficits publics ». Comme l'ont rappelé les conclusions du Sommet du G20 à Toronto des 26 et 27 juin 2010, l'assainissement des finances publiques est une condition substantielle à la pérennité de nos modèles de société. La qualité des modes de gouvernance publique et la croissance économique sont dorénavant étroitement liées. Le vieillissement de la population, le maintien des régimes de protection sociale, l'emploi ou la lutte contre l'endettement public sont autant de problématiques partagées par de nombreux pays.

Sur la scène internationale, les finances publiques s'inscrivent désormais dans un schéma de convergence des modes de gouvernance internationale, et l'Europe n'échappe pas à ce constat. La dernière crise financière a fragilisé la construction communautaire et fissuré le dogme de la primauté de l'économie de marché. La libre concurrence et la recherche de rentabilité ont été confrontées à leurs propres limites. En outre, la promotion d'une citoyenneté européenne ne peut se fonder sur la primauté de règles mercantiles, au détriment de l'action publique ou de l'intérêt général. Ainsi, l'Europe se caractérise par ses aspects « a-culturel » ou « pluri-culturel », lesquels ne donnent lieu à aucun « vouloir-vivre ensemble réel »⁸⁴. Face à ce constat, le service public « à la française » se présente progressivement comme la pierre angulaire d'un modèle de cohésion sociale européen rénové. Alors que les systèmes anglo-saxons ont échoué comme l'atteste la crise économique et sociale rencontrée par la Grande-Bretagne ou les États-Unis, les services publics français ont su démontrer leur capacité à se moderniser afin de promouvoir le meilleur service au moindre coût. Sur le plan budgétaire, la Lolf a permis à la France de réformer ses services publics et de présenter des comptes certifiés afin de sécuriser les marchés financiers. Si de nombreux projets de réforme restent à finaliser, la gouvernance publique française est devenue un modèle répondant aux impératifs du droit communautaire. En effet, la recherche de qualité des services publics est une priorité formalisée par les lois de finances, au bénéfice des usagers. La recherche de performance promue par la Lolf répond également aux objectifs communautaires de maîtrise des deniers publics, au bénéfice des contribuables. En outre, la Lolf tend à concilier l'intérêt général et les attentes des citoyens. Tout en préservant ses valeurs, le service public français s'est adapté, il s'est ainsi modernisé afin de répondre aux enjeux de la concurrence. Comme l'a rappelé Bernard Stirn, l'Europe a été « un puissant facteur de renouveau »⁸⁵ pour les services publics français. Elle a suscité une dynamique permettant à l'administration française de démontrer ses richesses, tout en garantissant le respect des valeurs qui cimentent l'action publique et animent les agents de l'État. Comme nous l'avons précédemment évoqué, *aucun effort économique supplémentaire ne pourra être demandé aux contribuables européens, aucune adhésion citoyenne ne pourra se construire, aucun consensus des usagers sur les politiques publiques ne pourra se dégager, sans que soit défini un modèle de société européen préalablement clarifié*. En réponse, le service public français constitue ainsi un modèle répondant aux attentes socio-économiques, de qualité et d'efficacité des citoyens, des usagers et des contribuables européens.

Enfin, dix ans après le vote de la Lolf, sa portée est omniprésente au sein des services publics. La gestion publique, les finances publiques et les missions de service public sont dorénavant étroitement liées. Comme le rappelait déjà en 1997 André Delion, « le régalien doit exiger l'efficace, et l'efficace doit soutenir le régalien. Tel est le sens profond de l'évolution des services publics et de la comptabilité publique qui les sert »⁸⁶. La lettre, l'esprit et la pratique de la Lolf, semblent bien avoir répondu à ces attentes.

⁸⁴ Voisset Michèle, *Le service public autrement, RFDA*, 1995.

⁸⁵ Bernard Stirn, *Droit national, droit européen, droit international*, in *Le droit dans la société, Les cahiers français*, n° 288, 1998, p. 26.

⁸⁶ Delion André, *Conseiller maître honoraire à la Cour des Comptes, Service public et comptabilité publique*, *AJDA*, 20 juin 1997, op. citée p. 82.

LA RÉFORME DES SOINS PSYCHIATRIQUES SOUS CONTRAINTE ET LE TROUBLE DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

Par Jean-Louis GAUTIER

Docteur en droit

Toute tentative de cerner la folie, de la définir, est vaine sinon dangereuse, car la zone jointive entre raison et déraison ne peut qu'être floue, incertaine, et la frontière tracée instable, mouvante selon les lieux et les époques. De la définition s'ensuit inévitablement un effet normatif ayant pour corollaire une forme d'exclusion, que celle-ci résulte de l'internement de la personne ou bien qu'elle soit adoucie sous la forme d'un simple traitement. Au nom d'une raison toute relative le danger est bien d'écarter des hommes de leur communauté, car depuis les temps les plus lointains l'insensé s'est vu condamner à l'exclusion et l'oubli, à la négation de son être, pour détourner la menace que la folie représentait dans l'imaginaire collectif.

Si de nos jours l'exclusion rendue nécessaire par l'ordre et la sécurité publics a pour objet de soigner le malade mental, l'hospitalisation contrainte, ou l'obligation de soins, n'en constitue pas moins une atteinte à la liberté de l'individu. Cette question de l'atteinte à la liberté individuelle prend du relief lorsque des réflexions fondées sur la nécessité des soins entendent faire prévaloir le caractère sanitaire de la contrainte sur toutes autres considérations.

Un projet de loi destiné à réformer la loi du 27 juin 1990 a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 5 mai 2010⁸⁷. Peu de commentaires ont été faits sur ce projet⁸⁸, qui alliait des propositions à vocation dite sanitaire et d'autres d'inspiration sécuritaire, dans les deux cas pour mieux contrôler des personnes supposées présenter un danger pour la société.

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, publiée au journal officiel du 6 juillet 2011, a entériné ce projet. Désormais à l'issue d'une période d'observation de soixante douze heures au plus, la personne sera prise en charge soit sous la forme d'une hospitalisation complète, soit sous une forme incluant des soins ambulatoires pouvant comporter des soins à domicile et le cas échéant des séjours en établissement. Ces modalités de soins concernent l'admission en soins à la demande d'un tiers comme celle prononcée par le représentant de l'État dans le département. En outre, même en l'absence de troubles à l'ordre public ou de danger pour autrui, sans même qu'un tiers ait fait une demande de soins dans l'intérêt du malade, une obligation de soins pourra être prononcée si un péril imminent pour la santé de l'intéressé en l'absence de soins est certifié par le médecin. Ces nouvelles dispositions comportent une objectivation de la santé mentale individuelle bien dérangeante pour les libertés et heurtent les principes qui ont jusque-là régi la matière.

⁸⁷ Projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, Assemblée nationale, XIII^e législature, n° 2494, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 5 mai 2010.

⁸⁸ J.-M. Pastor, Un projet de loi sur les soins psychiatriques sous contrainte, *AJDA 2010*, p. 930 ; JCP éd. G, n°19, 10 mai 2010, p. 542 ; Sophie Théron, De quelques remarques sur une évolution attendue de la prise en charge de la maladie mentale : l'instauration de soins ambulatoires sans consentement, *R.D. sanit. et soc. 2010*, p. 1088 ; Cécile Castaing, La réforme du droit des soins psychiatriques : le droit en folie ?, *AJDA 2010*, p. 1393.

I – De la protection contre l’aliéné à la protection de la personne atteinte de troubles mentaux

Sous l’empire des dispositions du code Napoléon, puis de la loi du 30 juin 1838, l’internement était justifié par un état d’aliénation⁸⁹. En posant l’obligation pour chaque département d’organiser l’accueil des aliénés dans des établissements spécialement créés à cet effet, qu’il s’agisse ou non d’interdits, la loi de 1838 offrait une assistance aux plus démunis. Cette loi d’assistance et de sécurité du 30 juin 1838 réalisait donc une extension de la contrainte psychiatrique.

La loi n°90-527 du 27 juin 1990 a renforcé les droits de la personne hospitalisée en raison de troubles mentaux. Elle reconnaissait à toute personne hospitalisée avec son consentement les mêmes droits que ceux reconnus à toute personne hospitalisée pour une autre cause. Quant aux personnes hospitalisées sans leur consentement, la loi énumérait leurs droits inaliénables en précisant que leurs autres droits ne devaient supporter que les restrictions strictement nécessaires compte tenu de leur état mental et dans le respect de la dignité de leur personne. Mais cette loi, qui distinguait à juste titre deux catégories d’hospitalisés, traitait des droits des personnes atteintes de troubles mentaux et plus du tout des aliénés. L’évolution de la sémantique correspond sans doute au souci d’affirmer le respect dû à la personne, mais dans la pratique elle a induit une certaine confusion des deux catégories de malades. De surcroît, certaines imperfections du texte ont suscité des pratiques de contournement de la loi afin d’imposer des soins à des personnes dont l’état ne relevait pas, ou plus, de la contrainte ; des pratiques que l’intention de soin dans l’intérêt du malade ne peut à elle seule justifier. Une nouvelle extension du champ de la contrainte psychiatrique résultait ainsi, même indirectement, de l’œuvre législative.

L’étude du contentieux administratif confirme l’existence de ces dérives. Le contrôle du juge administratif en ces occasions s’est renforcé. Opérant un contrôle de légalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l’homme, le juge administratif a fait une application du principe de juridicité conforme à l’exigence de notre État de droit et a révélé ainsi la place qu’il entendait désormais occuper dans le domaine de l’hospitalisation en milieu psychiatrique.

1 - L’extension du champ de la contrainte psychiatrique

La loi du 30 juin 1838 a puisé ses principes dans le dispositif antérieur : l’importance des troubles pouvant justifier un internement, le droit exclusif de la famille ou d’un proche de demander le placement dans l’intérêt du malade, la constatation médicale des troubles, l’obligation pour l’autorité publique de procéder au placement aux seuls cas de troubles à l’ordre public ou de risques pour la sécurité des personnes et le recours au juge judiciaire pour l’appréciation du bien-fondé de la mesure. La loi du 27 juin 1990 a reconduit ces mêmes principes, mais à l’inverse des améliorations constatées dans les années 1970-1990 son avènement a eu pour résultat une extension de la contrainte psychiatrique.

A - L’hospitalisation psychiatrique sous la loi de 1838, une mesure de police justifiée par l’état d’aliénation

Les dispositions du code Napoléon (articles 489 à 512) et du Code de procédure civile (articles 890 à 897) fixaient les règles et les formes de l’interdiction : le conseil de

⁸⁹ L’aliénation qualifie un stade de gravité de la maladie mentale tel qu’il ne permet pas à la personne qui en est affectée de subvenir par elle-même aux besoins de la vie courante (cas qui relevaient de la démence ou de l’imbécillité) ou tel qu’il rend la personne dangereuse pour les autres (état qui était qualifié de fureur).

famille arrêtaient si l'aliéné devait être traité à son domicile ou placé dans une maison de santé ou un hospice ; le tribunal était autorisé à commettre un administrateur provisoire, dès l'issue du premier interrogatoire, pour prendre soin des biens et de la personne dont l'interdiction était demandée. Enfin, des dispositions du Code pénal (articles 175 et 479) fixaient les sanctions des personnes responsables, la famille notamment, qui auraient laissé divaguer des insensés à l'origine de méfaits.

Mais, dans la pratique, l'autorité publique ne respectait pas ce dispositif. Le ministre de l'intérieur fut d'ailleurs conduit à rappeler la répartition légale des compétences dans une circulaire du 17 septembre 1804 sur la réclusion des insensés⁹⁰ : c'est au tribunal qu'il appartient de faire le constat de l'état qui justifie la mesure d'interdiction, mais c'est à la famille qu'il revient de provoquer ce jugement. En dehors de l'urgence qui justifie l'intervention de l'autorité publique, le sort de l'aliéné est une question qui se rattache à la vie privée, le juge constatant l'état de la personne préalablement à son placement. Quant à la latitude laissée au juge pour évaluer l'état de l'intéressé : « *Il y a là une appréciation d'actes et de faits abandonnée à la conscience et aux lumières des magistrats* (Cass., 17 janvier et 13 mars 1876 ; Dall., 76, I, 152 et 343)⁹¹. » car « *on décide généralement qu'en l'absence d'une définition légale de l'état de démence c'est aux tribunaux qu'il appartient de statuer souverainement et exclusivement par une appréciation que la loi confie à leur conscience.* » (Cass., 29 mai 1822 ; 23 janvier 1828.)⁹² »

L'interdiction n'était prononcée qu'en présence d'une répercussion importante des troubles dans la vie sociale de l'individu, puisqu'il fallait que les actes ordinaires de la vie en soient affectés⁹³. C'est dire également que l'enfermement ne pouvait avoir lieu que si les manifestations de la maladie perturbaient gravement les actes de la vie courante. Et seules les manifestations perturbatrices et non la maladie elle-même justifiaient l'intervention du ministère public⁹⁴. Il faut en outre souligner que les pouvoirs du procureur étaient cantonnés au cas de fureur, l'imbécillité et la démence étant soumises au régime commun de l'article 510 du Code civil. En effet, si provoquer l'interdiction de la personne atteinte de fureur était pour le ministère public une obligation, ce n'était qu'une faculté dans l'hypothèse de l'imbécillité ou de la démence. La faculté pour le ministère public de demander l'interdiction était seulement ouverte en l'absence de parents pouvant initier la procédure. Lorsque ces derniers existaient mais restaient inactifs, l'action publique en était paralysée car les parents pouvaient avoir des motifs respectables de ne pas en former la demande : « *Le procureur de la République ne peut donc pas provoquer l'interdiction pour cause de démence lorsqu'il y a des parents* (Cass., 7 août 1826 ; Dall., 26. 1. 440) ; - (Nîmes, 27 janv. 1808 ; - Bordeaux, 19 janvier 1829).⁹⁵ »

Les disparités qui avaient justifié la circulaire précitée du 17 septembre 1804 persistaient encore en 1837. Le ministre de l'intérieur, De Gasparin, dans la présentation qu'il fit du projet de loi sur les aliénés devant la chambre des députés le 6 janvier 1837, insistait sur l'inégalité des mesures prises selon les localités et dénonçait le

⁹⁰ Circulaire du Ministre de l'intérieur sur la réclusion des insensés, *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, éd. Berger-Levrault 1880, tome 1, p.3. : « *Les furieux doivent être mis en lieu de sûreté. Mais ils ne peuvent être détenus qu'en vertu d'un jugement que la famille doit provoquer. Le Code civil indique, avec beaucoup de détails, la manière dont on doit procéder à l'interdiction des individus tombés dans un état de démence ou de fureur. C'est aux tribunaux seuls qu'il confie le soin de constater cet état. Les lois qui ont déterminé les conséquences de cette triste infirmité, ont pris soin qu'on ne pût arbitrairement supposer qu'un individu en est atteint ; elles ont voulu que sa situation fût établie par des preuves positives, avec des formes précises et rigoureuses.* »

⁹¹ Jurisprudence citée par Henri Legrand Du Saulle, *Étude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et le conseil judiciaire*, [en ligne] Numérisation BnF de l'éd. de Paris 1881 : A. Delahaye et Lecrosnier, p. 60 ; 503 p. Disponible sur Gallica, bibliothèque numérique de la Bibliothèque nationale de France : <http://gallica.bnf.fr/>

⁹² *Ibidem*

⁹³ *Ibid.* p. 61.

⁹⁴ Henri Legrand Du Saulle, *op. cit.* p. 103.

⁹⁵ *Ibid.*

retentissement d'une telle situation sur la condition et les soins dus aux aliénés⁹⁶. Adoptée après deux années de discussion, la loi du 30 juin 1838 eut donc pour premier mérite d'harmoniser les procédures de placement et d'organiser les soins aux aliénés. Mais le législateur s'était assurément inspiré du droit existant, car il préservait l'initiative familiale et réservait le pouvoir de l'autorité publique dans les cas où l'état d'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes. Dans la loi de 1838, les deux voies de la contrainte psychiatrique visaient une seule et même finalité, l'enfermement des aliénés le plus large possible. En témoigne la possibilité de placer un individu qu'il soit ou non interdit, car l'interdiction s'était révélée comme un obstacle à l'internement pour le très grand nombre des familles modestes. Une seule population était concernée, celle des aliénés. En revanche, le fondement des placements était différent. Le placement « volontaire » - à la demande de la famille ou d'un proche - était fait dans l'intérêt du malade, sous les conditions que l'état d'aliénation et la nécessité de l'enfermement soient médicalement établis. Le placement d'office décidé par l'autorité publique, dans l'intérêt de l'ordre et la sécurité publics, au contraire, n'imposait pas que l'état d'aliénation soit médicalement constaté. Il faut bien en déduire que seules des manifestations révélant l'évidence de la maladie mentale, et donc l'aliénation, pouvaient justifier le placement ordonné par l'autorité publique dès lors qu'existaient par ailleurs des garanties contre l'arbitraire. Parmi ces garanties, l'article 29 permettait à toute personne placée de se pourvoir devant le tribunal afin qu'il ordonne, s'il y avait lieu, sa sortie immédiate⁹⁷.

La loi n° 90-527 du 27 juin 1990, relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, n'a fait qu'actualiser ce dispositif⁹⁸.

B - L'hospitalisation contrainte sous la loi du 27 juin 1990, une mesure de protection de la personne justifiée par la nécessité des soins

La loi du 27 juin 1990, à l'article L.3211-3 du Code de la santé publique, a dressé une liste des droits dont la personne hospitalisée sans son consentement peut se prévaloir en tout état de cause : ces droits sont inaliénables car nécessaires à la protection de la liberté individuelle et à la dignité de la personne (droits de communiquer avec les autorités citées à l'article L. 3222-4, de saisir la commission prévue à l'article L.3222-5, de prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix, d'émettre ou de recevoir des courriers, de consulter le règlement intérieur de l'établissement, d'exercer son droit de vote, de se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix) ; les autres droits peuvent connaître des restrictions au regard d'un objectif thérapeutique individualisé, car la contrainte doit être un ultime recours lorsqu'il a été médicalement constaté que la personne n'est pas en mesure de comprendre et d'apprécier l'intérêt du traitement que son état de santé impose, après avoir expliqué l'intérêt du traitement et recherché l'adhésion de la personne. En outre, le législateur innovait en créant une commission départementale des hospitalisations psychiatriques chargée d'examiner la situation des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes.

Cependant la loi n° 90-527 du 27 juin 1990, relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions

⁹⁶ Ministère de l'intérieur (1879-1881), *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, Tome II, Aliénés : discussion de la loi sur les aliénés à la Chambre des députés et à la Chambre des Pairs (1837-1838), [en ligne], Numérisation BnF de l'éd. de Paris : Berger-Levrault, 1881, p.1-2, 559 p., Disponible sur Gallica, bibliothèque numérique de la Bibliothèque nationale de France : <http://gallica.bnf.fr/>

⁹⁷ L'article 29 ouvrait ce droit de recours devant l'autorité judiciaire à toute personne placée, son tuteur, son curateur, tout parent ou ami. Toutefois la décision rendue sur simple requête, en chambre du conseil, n'avait pas à être motivée.

⁹⁸ G. Nicolau, L'héritière, *D.* 1991, p.29 ; J.-M. Auby, La loi du 27 juin 1990, *JCP éd. G n° 39*, 26 septembre 1990, I. 3463 ; Commentaires sur la loi n° 90-527 : M.-P. Champenois-Marmier et J. Sansot, La loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, *D* 1991, p. 123.

d'hospitalisation, a reconduit le système de l'hospitalisation forcée selon les deux modes prévus par la législation antérieure ; même si des garanties supplémentaires ont été apportées et si leur appellation a été changée. De même, la compétence unique du préfet pour l'hospitalisation d'office, et celle du directeur de l'établissement pour l'hospitalisation à la demande d'un tiers, ont été conservées. L'hospitalisation sans consentement était dans tous les cas fondée sur la constatation médicale des troubles mentaux, assortie des circonstances de leurs manifestations. Les principes qui avaient guidé la loi de 1838 ont été entièrement repris, si bien qu'au vu de leur pérennité la tentation est grande de les qualifier de directeurs. A la vérité, s'agit-il même de principes ? Les lignes de force de la loi monarchiste, reprises par la loi de 1990, ne sont en réalité que les modalités de mise en œuvre d'un principe plus général : le droit à la sûreté, la protection de la liberté individuelle. L'existence de deux modes d'hospitalisation, la compétence décisionnelle de l'État aux seuls cas de troubles à l'ordre public ou de danger pour les personnes⁹⁹, la certification médicale des troubles mentaux et l'énoncé des circonstances qui rendent l'hospitalisation nécessaire, le droit de se pourvoir devant le juge, délimitent la sphère de la vie privée à l'intérieur de laquelle l'autorité publique ne peut s'immiscer. Cela signifie bien que l'on peut être autre, penser autrement, exprimer des idées fantaisistes, vivre selon ses propres principes sans avoir à en rendre compte à quiconque, pourvu que l'on ne présente pas un danger pour autrui et que l'environnement social n'en soit pas fortement troublé. Toutefois le législateur a le pouvoir de modifier ces modalités de protection, à condition que le principe qu'elles servent n'en soit pas altéré.

Mais alors que la loi du 27 juin 1990 affichait de nouvelles garanties pour les patients et qu'elle avait conservé les principes directeurs de la loi de 1838, son application a été marquée d'une augmentation continue du nombre des hospitalisations contraintes¹⁰⁰. Si l'on se réfère aux évolutions rapportées par le Conseil économique et social en 1997¹⁰¹ : l'ensemble des hospitalisations en psychiatrie en 1965 s'élevait à 113.455 qui se répartissaient en : 32.504 mesures de placement d'office, 66.266 placements volontaires et 14.685 hospitalisations libres. La part de chacune de ces hospitalisations, par rapport à l'ensemble, était donc respectivement de 28,6%, 58,4% et 12,9%. En 1991, le nombre des hospitalisations était de 59.427 : dont 2.771 hospitalisations d'office, 6.678 hospitalisations sur la demande d'un tiers et 49.978 hospitalisations libres. La part respective des hospitalisations sous contrainte au regard de l'ensemble des mesures était ainsi ramenée à 4,6% pour les hospitalisations d'office et 11,2% pour les hospitalisations à la demande d'un tiers, tandis que les hospitalisations libres, en très forte augmentation, représentaient 84%. Durant la même période le nombre des lits d'hospitalisation dans les hôpitaux publics et ceux en faisant fonction était réduit de 170.000 à 70.700. Les hospitalisations partielles se développaient et la durée du séjour hospitalier à temps plein ne cessait de décroître¹⁰². Aussi le rapport du

⁹⁹ Les débats parlementaires sur la loi de 1990 ont précisé que le danger pour soi-même, notamment le risque de suicide, n'était pas considéré comme constituant un trouble à l'ordre public. La jurisprudence avait tranché en ce sens sous l'empire de la loi de 1838 en décidant que les dispositions en cause ne précisant pas si le danger peut concerner seulement l'intéressé lui-même, une interprétation trop large de la notion de danger imminent pour la santé de l'intéressé conférerait à l'autorité publique « *des pouvoirs exorbitants pouvant porter atteinte à la liberté des personnes souffrant provisoirement ou définitivement d'une maladie ne présentant aucun danger pour l'ordre public* » : TGI Paris, 5 décembre 1988, *Recueil Dalloz* 1990, jurisprudence p. 268, note Jacques Prévault.

¹⁰⁰ Concernant le dénombrement des hospitalisations sans consentement, les données sont essentiellement fournies par les rapports d'activité des Commissions départementales des hospitalisations psychiatriques : Cases C. et Salines E., *Statistiques en psychiatrie en France : données de cadrage*, RFAS, n° 1, janvier -mars 2004, p. 181-204 ; Magali Coldefy, *Évolutions et disparités géographiques départementales*, p. 205-222, in *Recueil d'études statistiques (DREES), 2007 : La prise en charge de la santé mentale*, 3^{ème} partie : *Les hospitalisations sans consentement en psychiatrie*, 316 p ; voir également la proposition de résolution n° 1459 de M. Georges Hage, tendant à la création d'une commission d'enquête sur la progression du nombre d'internements psychiatriques en France, document enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 février 2004.

¹⁰¹ Rapport du Conseil économique et social « Prévention et soins des maladies mentales », publié au JORF du 24 juillet 1997, cf. *supra* note 12.

¹⁰² Xavier Vandendriessche, *Le droit des hospitalisations psychiatriques : derniers développements*, R.D. sanit. et soc. 1992, p. 1 : l'auteur rappelle que « *La politique de sectorisation psychiatrique a largement contribué à décloisonner les établissements psychiatriques en favorisant le développement d'alternatives à l'hospitalisation.*

Conseil économique et social pouvait-il affirmer que la contrainte devenait un mode mineur d'hospitalisation. Les années suivantes contredirent cette encourageante évolution, le nombre des hospitalisations sans consentement ne cessant plus d'augmenter à partir de l'année 1993¹⁰³.

Le nombre des hospitalisations sans consentement était de 42.762 dès 1993 ; 53.893 en 1996, dont 46.022 hospitalisations à la demande d'un tiers (HDT) et 7.871 hospitalisations d'office (HO) ; le bilan pour 1998 faisait apparaître 63.850 internements : 55.033 HDT et 8.817 HO ; 1999 fut plus productive avec 65.602 hospitalisations forcées, dont 57.277 HDT et 8.931 HO. Les années 2000 et 2001 révélaient un léger ralentissement de la croissance constatée jusque-là avec 64.589 et 64.861 hospitalisations contraintes ; 2003 marquait une nouvelle progression avec 76.856 mesures (65.840 HDT et 11.016 HO).

Il faut encore ajouter que la part des HDT en urgence dans les hospitalisations sur la demande d'un tiers, qui avait doublé de 1992 à 1996¹⁰⁴, a été de 30,1% en 1997, 29,5% en 1998, 33,8% en 1999, 37,4% en 2000, 40,5% en 2001, et 43,2% en 2003. Cette proportion des HDT en urgence est passée à 44,8% en 2005 alors que la part des hospitalisations sans consentement a légèrement diminué. Enfin, sur la période 1997-2003 le nombre des lits de psychiatrie générale a été diminué d'un peu plus de 13.000, passant de 68.787 à 55.635.

Cette situation a suscité l'inquiétude de certains parlementaires et de nombreuses questions ont été posées au ministre en charge de la santé ou celui de la justice sur l'application de la loi du 27 juin 1990¹⁰⁵. La réponse des ministères intéressés a été, invariablement, que l'évaluation de la loi du 27 juin 1990 devait conduire à une large consultation des acteurs sociaux et usagers à l'issue de laquelle les aménagements nécessaires seraient abordés dans le cadre du débat parlementaire. Depuis les premières questions sur l'augmentation du nombre des hospitalisations sans consentement, le gouvernement a appelé à relativiser les chiffres en soulignant qu'il s'agit d'un nombre de décisions, alors qu'une seule personne est fréquemment concernée par plusieurs d'entre elles ; l'évolution de la maladie mentale nécessitant souvent plusieurs hospitalisations. Sur le risque d'abus, le gouvernement s'est appuyé sur les contrôles exercés par les Commissions départementales des hospitalisations psychiatriques pour affirmer qu'aucun abus n'avait été constaté. Quant aux modalités d'hospitalisation, notamment sur la question de la compétence décisionnelle de l'autorité administrative, le gouvernement a fait observer leur conformité aux recommandations du droit européen des libertés.

C'est la raison pour laquelle on a assisté à une diminution de près de 40 % du nombre des malades hospitalisés de 1970 (122.000) à 1987 (75.000). Parallèlement, on a constaté une réduction identique des journées d'hospitalisation : 42 millions en 1970 et moins de 27 millions en 1987. Enfin, sur la même période, la durée moyenne de séjour en établissement passait de 235 jours en 1970 à 70 jours en 1987. »

¹⁰³ La Cour des comptes, dans son rapport pour l'année 2000, *L'organisation des soins psychiatriques*, p. 409-443, retient, pour l'année 1997, une capacité du dispositif de 72.000 lits d'hospitalisation complète et de 27.000 lits d'hospitalisation partielle. A cette capacité s'ajoutent 10.000 places d'accueil à temps partiel. La Cour en déduit que la capacité en hospitalisation complète a diminué de 20 % entre 1991 et 1997. Concernant les modalités de prise en charge, la Cour constate que les HDT étaient pour l'année 1995 de 43.867 et qu'une augmentation de 45 % s'est ainsi produite depuis 1988. Cette augmentation conduit la Cour à souhaiter des investigations approfondies pour vérifier que le dispositif prévu par la loi de 1990 est adapté et qu'il ne permet pas des dérives préjudiciables aux droits des personnes (p. 428). La Cour relève par ailleurs que les malades en placement libre se voient très souvent appliquer des conditions d'hospitalisation semblables « à celles des malades difficiles ».

¹⁰⁴ Circulaire DGS/SP3 n° 98-157 du 9 mars 1998 relative au rapport d'activité de la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques pour l'année 1997 – Transmission des résultats pour l'année 1996, BO n° 98/12.

¹⁰⁵ Parmi ces questions : celles de M. Hage Georges sur la notification de la décision d'hospitalisation, question n° 22485 publiée au JO le 2 janvier 1995 p. 33, réponse publiée au JO le 3 avril 1995 p. 1833 ; M. Facon Albert, sur l'intérêt d'une judiciarisation de la procédure d'internement, QE n° 12093 publiée au JO le 23 mars 1998 p. 1592, réponse publiée au JO le 29 juin 1998 p. 3642 ; M. Lang Jack, QE n° 6315, sur les mesures que le gouvernement entend adopter suite à l'évaluation de la loi du 27 juin 1990, publiée au JO le 17 novembre 1997 p. 4040, réponse publiée au JO le 2 février 1998 p. 591 ; M. Sauvadet François sur l'augmentation du nombre des HO de 1993 à 1997, QE n° 47613, question publiée au JO le 12 juin 2000 p. 3538, réponse publiée au JO le 29 janvier 2001 p. 697 ; de M. Hage Georges, QOSD n° 1163, sur le nombre des hospitalisations sans consentement et l'intérêt d'une judiciarisation de la procédure, question publiée au JO du 19 juin 2000 p. 3605.

Il est bien certain que le taux d'incidence de la pathologie mentale justifiant des hospitalisations sans consentement réclame une analyse difficile car, à l'évidence, son origine est multifactorielle. En effet, ce taux traduit autant l'état de la tolérance sociale face à la maladie mentale, le climat politique du moment, toujours sensible à la médiatisation des faits divers qui ont mis en cause des personnes soignées en psychiatrie, que les conditions socio-économiques de la période.

Mais certains facteurs n'ont pu jouer qu'en raison de l'implication de la loi de 1990. Ainsi, l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000, relative à la partie législative du code de la santé publique, a modifié l'architecture de la loi. Elle a notamment changé l'ordre des articles au sein du Code de la santé publique. Le droit de se pourvoir par simple requête devant le président du tribunal de grande instance, aujourd'hui devant le juge des libertés et de la détention, prévu à l'ancien article L.351, a ainsi été inséré à l'article L.3211-12 dans le chapitre I^{er} consacré aux droits de la personne hospitalisée. Il en est allé de même concernant les dispositions relatives aux sorties d'essai sises à l'ancien article L.350, insérées aux articles L.3211-11 et 3211-11-1 du chapitre I^{er}. Ces dispositions, autrefois situées après les modes d'hospitalisation et au sein des dispositions qui leur étaient communes, se retrouvaient en tête de la loi, avant les dispositions relatives aux modalités d'hospitalisation. Ces modifications ont été analysées comme se rattachant à un projet gouvernemental insidieux. Le fait de traiter des procédures exceptionnelles de sortie avant l'exposé des procédures habituelles, et surtout avant les modes d'admission, aurait renforcé la cohérence d'un projet politique sous-jacent, celui d'introduire par touches successives la notion de soins ambulatoires avec pour finalité de parvenir à la légalisation de toute contrainte de soin sans même qu'il y ait eu préalablement une hospitalisation sous contrainte¹⁰⁶.

Des dispositions de la loi du 27 juin 1990 ont également été modifiées par la loi n°2002-303 du 04 mars 2002. L'article L3213-1 du Code de la santé publique prescrivait l'hospitalisation d'office des personnes dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes. L'article 19 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé¹⁰⁷, y a ajouté deux conditions et l'alinéa 1^{er} de l'article L3213-1 a alors disposé que l'hospitalisation d'office est prononcée à l'égard « *des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public.* »¹⁰⁸ Il existe assurément des personnes auxquelles des soins ne peuvent être imposés : ce sont les personnes dont les troubles ni ne compromettent la sûreté des tiers ni ne portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public et qui ne font pas de demande de soins ou pour lesquelles la famille, ou une personne susceptible d'agir dans leur intérêt, n'a pas demandé l'hospitalisation. Mais existe-t-il des personnes dont les troubles mentaux compromettent la sécurité des tiers, ou portent atteinte de façon grave à l'ordre public, qui ne nécessitent pas de soins ? Or, cette formulation laisse bien entendre que des troubles mentaux nécessiteraient des soins indépendamment de leurs conséquences sur l'environnement social – ce qui est sans doute vrai au plan médical, mais inexact au plan juridique. La disposition modifiée a eu pour effet d'induire l'idée qu'une obligation de soins pourrait être utile, avant d'être légalisée, dans le seul intérêt de la personne, indépendamment des conséquences sociales de ses troubles. L'idée induite est celle de soins ambulatoires, dès lors que la nécessité de soigner n'est plus la conséquence de

¹⁰⁶ Bernardet Philippe, Contribution à l'étude de l'évolution de l'hospitalisation psychiatrique en France de 1838 à nos jours, 24 p., disponible sur <http://www.groupeinfoasiles.org>.

¹⁰⁷ JORF du 5 mars 2002, p. 4118.

¹⁰⁸ Il s'agit là d'une mise en conformité avec le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, puisque la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt Winterwerp c/Pays-Bas du 24 octobre 1979¹⁰⁸, avait déclaré que « ...on ne saurait évidemment considérer que...l'article 5 autorise à détenir quelqu'un du seul fait que ses idées ou son comportement s'écartent des normes prédominant dans une société donnée » et indiqué qu'une personne ne peut être privée de sa liberté qu'après avoir établi son aliénation de manière probante, et si le trouble revêt un caractère ou une ampleur qui légitime l'internement. Ces principes avaient été repris par la Recommandation R(83)2 du Comité des ministres aux États membres en ses articles 2 et 3. Les Recommandation 1235 (1994) de l'Assemblée parlementaire et Recommandation Rec. (2004)10 du Comité des Ministres ont confirmé l'attachement du Conseil de l'Europe à cette condition de la gravité avérée des troubles.

l'ampleur de la manifestation des troubles qui imposait l'hospitalisation. Il ne fait guère de doute que la disposition en question ait participé à un glissement de la conception de l'intervention psychiatrique, qui se résumait à un arbitrage entre intérêt personnel et intérêt public par le soin des troubles mentaux les plus graves, vers une conception élargie ayant pour ambitieux projet la santé mentale des populations ; conception dans laquelle la décision médicale serait prépondérante. Ce changement d'état d'esprit, ou la prééminence du caractère sanitaire de la mesure, était en outre soutenu par la pratique des sorties à l'essai utilisées comme moyen de contrainte, tout comme il était favorisé par la diminution des capacités de l'accueil hospitalier.

La sortie à l'essai permettait au patient de recouvrer sa vie familiale et sociale tout en bénéficiant d'une surveillance médicale afin de prévenir une rechute. Mais le malade restait placé sous l'effet de la mesure initiale d'hospitalisation et contraint par la menace d'une réintégration à l'hôpital. Si l'utilité de cette modalité des soins n'était pas contestée, la durée excessive de cette mesure était dénoncée. Les renouvellements de la mesure étaient si nombreux que des sorties à l'essai de plusieurs années étaient évoquées. Or, cette pratique était possible seulement parce que l'article L3211-11 du Code de la santé publique limitait la mesure à une durée de trois mois, mais sans limiter son renouvellement¹⁰⁹. L'évolution de l'offre de soins en psychiatrie, notamment la diminution du nombre des lits en hospitalisation complète depuis les années 70, alors que la demande de soins n'a fait qu'augmenter¹¹⁰, explique le succès des sorties à l'essai au-delà de l'intérêt thérapeutique qu'elles offrent pour les patients. La mesure a été détournée de sa vocation, la pratique ayant transformé la sortie d'essai, mesure transitoire prise dans l'intérêt du malade, en un outil de gestion de l'offre de soins. Cependant les propositions issues de différents rapports présentent la sortie à l'essai comme un moyen thérapeutique pertinent et s'appuient sur cette pratique pour dire qu'une obligation de soins ambulatoires lui serait tout à fait assimilable.

Par ailleurs, Il faut bien convenir de cette réalité que les conditions sociales de notre époque sont propices à l'émergence de troubles, qui ne sont pas forcément d'origine psychiatrique mais peuvent conduire à la pathologie mentale. La recrudescence des difficultés sociales, la pression de la demande de soins et l'insuffisance de places dans les hôpitaux sont autant d'ingrédients qui favorisaient les admissions en urgence, dès lors que la procédure était allégée dans les cas de péril imminent pour la santé de la personne concernée (HDT) ou de danger imminent pour la sûreté des tiers (HO). L'administration y recourait d'autant plus facilement que l'opinion était incitée à percevoir l'hospitalisation davantage comme une décision de soins qu'une mesure de police. Le contexte et le changement d'état d'esprit de la loi – mise en avant du caractère sanitaire de la décision, avec pour exemple la modification de la rédaction de l'article L.3213-1 – expliquent la progression continue des procédures d'urgence, lesquelles échappaient à l'exigence d'un certificat rédigé par un médecin n'exerçant pas dans l'établissement d'accueil, une condition qui était primordiale dans l'ancienne législation.

Ainsi est-on à même de constater que le phénomène de croissance continue des hospitalisations sans consentement a résulté d'un mécanisme qui s'entretenait lui-même. À des défauts structurels, la loi répondait par un changement graduel de cap qui n'était qu'une adaptation, un moyen palliatif présenté comme un progrès, alors que sa finalité pouvait être fort éloignée de la protection des libertés.

La loi de 1990, tout en conservant les principes de la loi de 1838, entendait améliorer les garanties de la personne hospitalisée sans son consentement ; il est vrai avec quelques velléités sous-jacentes qui peuvent agacer. Cependant, si l'existence de normes protectrices est la première garantie du justiciable, celles-ci tiennent leur effectivité, *in fine*, du contrôle exercé par le juge.

¹⁰⁹ Article L3211-11, alinéa 2 : « La sortie d'essai comporte une surveillance médicale. Sa durée ne peut dépasser trois mois ; elle est renouvelable. Le suivi de la sortie d'essai est assuré par le secteur psychiatrique compétent. »

¹¹⁰ Cases C. et Salines E., *op. cit.* p. 183.

2 - D'un contrôle de légalité limité au dualisme juridictionnel rationalisé

En matière d'hospitalisation psychiatrique sans consentement, le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires a conduit à la dichotomie de la compétence juridictionnelle ; tant et si bien que chaque ordre juridictionnel n'effectue qu'un contrôle restreint. L'hospitalisation contrainte étant une décision de police administrative qui porte atteinte aux libertés individuelles, les ordres juridictionnels administratif et judiciaire sont tous deux concernés par la mesure : la juridiction administrative en raison de la nature administrative de la décision, la juridiction judiciaire, en sa qualité de gardienne de la liberté individuelle, au titre de l'incidence de la décision.

Dans le cadre de ce contrôle restreint, c'est-à-dire limité à la légalité formelle de la décision, le juge administratif se tenait sans doute en deçà de la limite que lui imposait le principe de séparation. En cela la jurisprudence administrative était critiquable sur plusieurs points, tant au regard des principes et règles du droit interne que du droit européen. Sous la pression des requêtes fondées sur le droit des personnes privées de liberté, notamment les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le juge administratif a procédé à de sérieux ajustements qui ont participé à la rationalisation du dualisme juridictionnel.

A – Le contrôle de légalité exercé par le juge administratif, un contrôle limité

La mise en œuvre de la répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels est rendue difficile par la nature des droits à protéger. La séparation entre les deux domaines de compétence n'est pas une cloison étanche, les règles de forme se révélant souvent aussi protectrices à l'égard des libertés que les règles de fond. Cette difficulté explique que la jurisprudence administrative ait revêtu un aspect contrasté, qui a incité les plaideurs à discuter la compétence du juge administratif.

Une dissension a existé entre la jurisprudence des tribunaux administratifs et celle du Conseil d'État alors que deux problèmes étroitement liés émergeaient de façon récurrente : la motivation et la notification de l'arrêté d'hospitalisation d'office. Une difficulté supplémentaire tenait dans le secret attaché au certificat médical, pour laquelle le Conseil d'État avait aménagé une solution discutable.

La motivation de l'arrêté d'hospitalisation est une exigence du droit interne¹¹¹ comme des conventions internationales applicables en France¹¹². Cette motivation était déjà imposée par la loi de 1838 et a conduit à la pratique du certificat médical. En même temps, se développait l'habitude de motiver en se référant au certificat médical¹¹³. Les motifs de la décision étant portés sur un document annexe, cette forme de motivation ne répondait plus aux conditions légales. Les tribunaux administratifs ne l'admettaient qu'à titre exceptionnel, à la condition que l'auteur de la décision se soit approprié les motifs de l'avis de référence et, en conséquence, que cet avis soit circonstancié et joint à la décision¹¹⁴. Cette position des tribunaux administratifs allait de pair avec l'invocation de plus en plus fréquente de l'article 5-2 de la Convention européenne.

¹¹¹ La motivation est imposée par l'article L.3213-1 du code de la santé publique, les articles 1^{er} et 3 de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs, l'article 8 du décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers.

¹¹² Article 5-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), article 9-2 du pacte international de l'ONU relatifs aux droits civils et politiques.

¹¹³ Le Conseil d'État a d'abord exigé que l'arrêté d'internement soit fondé sur un certificat médical (CE section 16 novembre 1984, Leoni, req. n° 28208), puis que le certificat médical soit circonstancié (CE 18 octobre 1989, Francisco, req. n° 55821) ; L'élaboration de la jurisprudence du Conseil d'État est développée dans l'article d'Elisabeth-Anne Bernard et Philippe Bernardet : La motivation par référence des décisions d'hospitalisation d'office, ou le juge administratif aliéné par son fou, *RD sanit. soc.* 1997, p. 487.

¹¹⁴ Ibid. E.A. Bernard et P. Bernardet, jugements cités : TA Paris, 9 fév.1989, Seidel ; 9 dec.1984, Bitton ; TA Lille, 19 déc.1991, Vandamme ; TA Bordeaux, 17 nov.1992, Sustek ; TA Lille, 14 avril 1994, Loyen ; TA Rennes, 7 fév. 1991, Jegou ; TA Pau, 17 fév.1993, Menvielle. D'autres jugements sont cités par P. Bernardet,

Le Conseil d'État a réagi contre la jurisprudence des tribunaux administratifs par un arrêt du 31 mars 1989, M. Lambert, req. n° 69547 et 71747, dans lequel il déclarait que la motivation par référence au moyen d'une formule préétablie et stéréotypée était suffisante, l'internement d'office faisant « *partiellement sortir l'administration de sa sphère de compétence.* » La doctrine a souligné que cette décision avait pour effet de soustraire l'arrêté d'internement à l'application du droit commun, puisqu'il n'était plus besoin que l'acte comporte l'énoncé des considérations de droit et de fait qui justifient la mesure et que la motivation par référence était admise ; et d'écarter les principes de la motivation par référence qui exigeaient que l'autorité ait entendu s'approprier les motifs du certificat annexé à l'arrêté¹¹⁵. Cette position du Conseil d'État était regrettable tant au regard des dispositions nationales que des stipulations internationales. En matière de notification de l'acte, le Conseil d'État adoptait une solution tout aussi défavorable pour les droits de la personne en décidant que les conditions de notification de l'arrêté préfectoral n'emportaient aucun effet sur sa légalité (CE 3 mars 1995, M. R.S. Rec. Tables p..1037) et que l'absence même de notification de l'arrêté n'avait pas pour effet de le priver de son caractère exécutoire (CE 11 mars 1996, M. A., req. 130549). Les juridictions inférieures ont continué à sanctionner le défaut d'information lié à l'absence de notification en annulant les arrêtés d'internement d'office en raison de leur méconnaissance de l'article 5-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹¹⁶. Alors la Haute juridiction administrative a transposé sa jurisprudence aux stipulations de la Convention¹¹⁷. En revanche, sur le terrain de la responsabilité, la Haute juridiction considérait que le retard apportée à la prise d'une décision ordonnant un placement d'office constituait une faute lourde ; que le défaut de notification de la décision mettant fin à l'internement constituait une faute de nature à engager la responsabilité de l'État¹¹⁸.

Une autre difficulté résidait dans le secret médical attaché au certificat sur la base duquel l'autorité préfectorale prend la décision d'hospitalisation d'office. Dans le cas où l'arrêté du préfet ne reprenait pas les termes du certificat médical qui n'était pas joint à la décision, le Conseil d'État précisait qu'il appartenait au juge administratif d'ordonner à l'administration la production du document. Le secret médical s'opposant à ce que le juge administratif en prenne connaissance directement, l'administration devait donner communication du certificat au médecin désigné par le requérant de sorte à permettre à ce dernier d'en révéler lui-même le contenu au juge administratif¹¹⁹. Cette solution a été encore appliquée sous l'empire de la loi de 1990¹²⁰, malgré les termes de l'article L 3213-1 du Code de la santé publique, le certificat médical circonstancié pouvait ne pas être joint à l'arrêté. Cela n'avait pas d'incidence sur la légalité intrinsèque de l'acte administratif, car le préfet s'était prononcé au vu d'un certificat circonstancié. Mais l'intéressé était dans l'impossibilité d'en discuter les termes et le juge administratif était empêché dans l'exercice de son contrôle. La solution adoptée par le Conseil d'État ne faisait sa place ni au principe du contradictoire, ni à la célérité. Elle ne s'inscrivait ni dans le mouvement en faveur du droit du patient à connaître toute information recueillie sur sa santé, ni dans celui de la transparence des relations de l'administration avec les

A. Darmstädter et C. Vaillant, Portée de la jurisprudence européenne sur l'internement psychiatrique en France. *Rev. Sc. Crim.*, 1988, p. 255. Voir aussi : M. Depaix, Le placement d'office des aliénés et les questions qu'il pose au juge administratif, sur TA Clermont-Ferrand, 15 déc.1987, *AJDA* 1989, p. 169.

¹¹⁵ Honorat et Baptiste, *AJDA*, Chron. générale, 1989, p. 308.

¹¹⁶ TA Dijon, 5 janv.1993, Grare, req. n° 88-944 et 88-953 ; TA Marseille, 23 fév.1993, Mercier, req. n° 90-3838 ; TA Paris, 5 janv.1994, Nollet, req. n° 89-05749 et 89-05571.

¹¹⁷ CE 25 mars 1994, Massol, req. n° 122718, Tables p. 755 : « *le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 5-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon lequel... est inopérant à l'encontre d'un arrêté de placement d'office, les conditions dans lesquelles est notifiée une décision administrative étant sans influence sur sa légalité.* »

¹¹⁸ CE 22 décembre 1982, Bissery, Rec. p. 438 ; CE 22 octobre 1986, M^{me} Doursoux, Rec. p. 242. ; CAA Lyon, 9 mars 1993, M^{lle} Marlouiset, Rec. Tables, p. 1044.

¹¹⁹ CE 3 mars 1995, Ministre de l'intérieur c/M. F. D., Rec. p.119 ; *Quot. Jur.*, 23 mai 1995, note B. Maligner, p. 4 ; CE 3^e et 5^e sous-sections réunies, 16 octobre 1996, M. Gilbert A., n° 132785, inédit au recueil Lebon.

¹²⁰ CAA Lyon, formation plénière, 4 février 1998, M^{lle} P., req. n° 96LY00558, *AJDA* 1998, p. 274 et chron. p. 219.

usagers¹²¹. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a créé un droit d'accès direct des malades aux informations médicales qui les concernent (article L. 1111-7 du Code de la santé publique). Ce droit intéresse aussi les personnes atteintes de troubles mentaux, à l'exception de celles ayant fait l'objet d'une hospitalisation contrainte auxquelles la présence d'un médecin qu'on leur demande de désigner peut être imposée, en cas de risques d'une gravité particulière lors de la consultation des informations recueillies dans le cadre de l'hospitalisation (4^e alinéa de l'article L. 1111-7). En cas de refus du patient, la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques est saisie, son avis s'impose au détenteur des informations comme au demandeur¹²².

L'insuffisance ou l'absence de motivation comme l'absence de notification emportant des effets sur le fond, des plaideurs contestaient la compétence de la juridiction administrative.

Une argumentation solidement étayée par le juge judiciaire tendait à établir le caractère artificiel du clivage entre légalité externe et légalité interne en matière de décision d'hospitalisation d'office. Dans deux arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris le 7 juillet 1994¹²³, le juge judiciaire rappelle le titre de compétence en vertu duquel il lui appartient d'apprécier le bien-fondé de la décision d'internement, mais également le préjudice pouvant résulter de l'inobservation des règles qui garantissent les droits du malade, notamment l'article 5-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La position de la Cour d'appel de Paris dans ces décisions de 1994 a été confirmée par une affaire qui a connu d'importants développements¹²⁴. La difficulté exposée devant la Cour tenait en ce que l'absence de notification, élément de la régularité formelle, emporte des effets substantiels. L'absence de notification à l'intéressé équivaut à une absence de motivation, mais encore le prive du droit de saisir la juridiction compétente pour contester la nécessité de l'enfermement. Or, ce droit est prévu par les stipulations de la Convention européenne (art. 5-4). Il est vrai que la Convention ne se préoccupe pas de désigner l'ordre juridictionnel compétent. D'où l'invocation par le requérant de l'article 136 du Code de procédure pénale qui semblait trouver là toute sa place¹²⁵. Dans son arrêt du 31 mai 1996¹²⁶, la Cour déclarait que l'article 66 de la Constitution réaffirme le principe de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle ; que ce principe ayant valeur constitutionnelle, il ne saurait être subordonné au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires issu des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui n'ont pas, en eux-mêmes, valeur constitutionnelle ; que la conciliation de ces deux principes ne justifie nullement une interprétation restrictive de l'article 136 du Code de procédure pénale, qui assure la mise

¹²¹ Alors que la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), dans sa séance du 29 mai 1997, estimait que « le registre d'établissement est un document administratif dont les extraits sont communicables sans l'intermédiaire d'un médecin pour les certificats médicaux qui y sont reportés. » : note d'information DGS/SP3 n° 97-817 du 24 décembre 1997 ; Cependant la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ne prévoyait pas la possibilité d'un recours à la CADA dans l'hypothèse d'un refus de communication opposé par un hôpital public à la demande d'un patient, fondée sur l'article L.710-2 du Code de la santé publique : Y. Gounin et L. Lалуque, La réforme du droit d'accès aux documents administratifs, *AJDA* 2000, p. 486.

¹²² Pour les nuances et précisions qu'appellent les dispositions introduites par la loi du 4 mars 2002 : Frédéric Dieu, Hospitalisation sous contrainte et encadrement thérapeutique de l'information délivrée au malade, note sous CE, 10 avril 2009, M. Rivoallan, n° 289794, *R.D. sanit. et soc.* 2009, p. 688.

¹²³ CA Paris, 1^{re} ch. B. 7 juillet 1994, *Gaz. Pal.* 1996, somm. p. 496.

¹²⁴ L'hospitalisation d'office de M. Menvielle au CHS de Lannemezan en 1998 a donné lieu à un jugement du TA de Pau le 1^{er} février 1993, un jugement du TGI de Paris le 20 mars 1995, un arrêt de la CA de Paris le 31 mai 1996 et une décision du Tribunal des conflits le 17 février 1997. Le terme définitif de cette affaire a nécessité d'autres recours juridictionnels.

¹²⁵ Art. 136 C. proc. pén., al. 3 et 4 : « dans les cas visés aux deux alinéas précédents et dans les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents.

Il en est de même dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile prévue par les articles 432-4 à 432-6 et 432-8 du Code pénal. »

¹²⁶ CA Paris, 31 mai 1996, CHS de Lannemezan et autres c/X... et autre, *D.1997, jur. p.* 554, note J. Prévault.

en œuvre de l'article 66 de la Constitution. Et la Cour, distinguant entre contentieux de l'annulation et de la réformation des actes administratifs, qui relève d'une réserve de compétence au profit de la juridiction administrative, et contentieux de la responsabilité dans lequel l'article 136 du Code de procédure pénale confère au juge judiciaire le pouvoir de constater l'illégalité d'actes administratifs portant atteinte à la liberté individuelle aux fins de réparation, déclarait le déclinatoire de compétence irrecevable et statuait au fond. Ce faisant, la Cour ajoutait à sa jurisprudence de 1994. En effet, elle se reconnaissait alors compétente pour apprécier le préjudice pouvant résulter de l'illégalité de la mesure. L'extension opérée en 1996 résultait de la compétence que le juge judiciaire se reconnaissait pour apprécier la légalité d'un acte administratif, dans le cadre du contentieux de la responsabilité, dès lors qu'il était constitutif d'une atteinte à la liberté individuelle.

Toutefois, le juge judiciaire ne peut s'opposer à l'élévation du conflit¹²⁷, et le Tribunal des conflits dans sa décision du 17 février 1997 n'a pas retenu la solution de la Cour d'appel de Paris qui s'inscrivait dans la tendance d'une unification du contentieux de l'hospitalisation psychiatrique au profit du juge judiciaire. Dans un considérant de principe, le juge des conflits déclarait que « *si l'autorité judiciaire est seule compétente, en vertu des articles L.333 et suivants du Code de la santé publique, pour apprécier la nécessité d'une mesure de placement d'office en hôpital psychiatrique et les conséquences qui peuvent en résulter, il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative qui ordonne le placement ; que lorsque cette dernière s'est prononcée sur ce point, l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur les conséquences dommageables de l'ensemble des irrégularités entachant la mesure de placement d'office ;*¹²⁸ » La question de la régularité de l'acte restait pour le juge judiciaire une question préjudicielle, quand bien même cet acte constituerait une atteinte à la liberté individuelle. L'idée d'une unification du contentieux de l'hospitalisation d'office au profit du juge judiciaire était ainsi écartée¹²⁹. Il faut cependant convenir que faire de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif attentatoire à la liberté individuelle une question préjudicielle pour le juge judiciaire civil¹³⁰ revenait, au regard de la jurisprudence du Conseil d'État, à priver de leur intérêt les formalités substantielles édictées par le législateur. Cependant, contrairement aux attentes de l'époque où elle a été rendue, la décision du Tribunal des conflits du 17 février 1997, parfaitement intégrée par les deux ordres juridictionnels, est à l'origine d'importants progrès des jurisprudences respectives, qui ont permis de dépasser la simple mise en cause du dualisme juridictionnel pour conduire à une dualité juridictionnelle rationalisée. À partir de l'année 2000, le renforcement de la sanction des formalités substantielles par le juge administratif d'une part et, d'autre part, l'affirmation de l'atteinte à la liberté individuelle par le juge judiciaire sur le fondement des annulations prononcées par la juridiction administrative, ont considérablement réduit les inconvénients du dualisme juridictionnel.

¹²⁷ Le juge judiciaire, qui rejette le déclinatoire de compétence, doit surseoir à statuer pour permettre au préfet l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828. Le préfet peut prendre un arrêté de conflit dans les quinze jours qui suivent la notification de la décision judiciaire sur la compétence. La méconnaissance de ces dispositions par le juge judiciaire est ancienne (T. confl. 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just, Rec. p. 713, concl. Romieu), elle est sanctionnée par la nullité de la décision judiciaire (T. confl. 20 juin 1994, Madaci et autres c/Préfet du Rhône, Gaz. Pal. 1994, jur. p. 573, concl. Abraham).

¹²⁸ T. confl. 17 février 1997, Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris, concl. Jerry Sainte-Rose, Gaz. Pal. 1997, jur. p. 721 ; JCP 1997.II.22885.

¹²⁹ La répartition des compétences fixée par la décision du 17 février 1997 a depuis été réaffirmée : T. confl. 22 mars 2004, n° C3341, RTD civ. 2004 p. 487 ; Rep. Cont. Adm., séparation des autorités, n° 201 ; D. 2004, IR p. 1123.

¹³⁰ Pour le juge judiciaire répressif, la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992, portant réforme des dispositions générales du Code pénal, fixe le principe d'une plénitude de compétence du juge pénal pour tout litige se rapportant à la liberté individuelle. Ainsi, l'article 111-5 du Code pénal dispose-t-il que « *Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis.* »

B – Le contrôle exercé par le juge administratif au sein d'un dualisme juridictionnel rationalisé, une consécration des règles de forme

C'est par un arrêt du 28 juillet 2000¹³¹ que le Conseil d'État a donné son plein acquiescement à la répartition des compétences décidée par le Tribunal des conflits en 1997. Dans cette décision, le Conseil d'État énonce, aux vises des articles L. 343 et L. 347¹³² du Code de la santé publique, de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 9 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, « *qu'il résulte de la combinaison des dispositions et stipulations précitées que l'autorité administrative, lorsqu'elle prend à l'égard d'un aliéné une mesure de placement d'office, doit, d'une part, indiquer dans sa décision les considérations de droit et les circonstances de fait qui justifient cette mesure, d'autre part, une fois la décision prise, et sans préjudice des obligations lui incombant en application de l'article L. 347 précité, informer le plus rapidement possible de ces motifs l'intéressé, d'une manière appropriée à son état ; que si la méconnaissance de la première obligation entache d'illégalité la décision de placement d'office et entraîne son annulation par le juge de l'excès de pouvoir, le défaut d'accomplissement de la seconde, qui se rapporte à l'exécution de la mesure de placement d'office, ne peut être sanctionné par ce juge ; que dans cette dernière hypothèse, il appartient à l'intéressé de demander au juge judiciaire, compétent pour statuer sur les conséquences dommageables de l'ensemble des irrégularités commises à l'occasion ou à la suite de la mesure de placement d'office, la réparation du préjudice résultant de la faute commise par l'administration en ne satisfaisant pas à cette obligation d'information postérieure au placement d'office.*¹³³ » Avec cette décision de rejet, la Section du contentieux a trouvé l'occasion d'opérer un revirement de sa jurisprudence. Il faut se souvenir que les décisions rendues par les juridictions administratives dans les années 90 appliquaient la jurisprudence Lambert de 1989¹³⁴. L'arrêt M. E.A. du 28 juillet 2000 a opéré un retour à la lettre de la loi : le certificat médical doit être circonstancié, les arrêtés préfectoraux doivent être motivés et énoncer avec précision les circonstances qui ont rendu l'hospitalisation nécessaire¹³⁵ (article L 3213-1 du Code de la santé publique).

Cependant le caractère pratique de la motivation par référence allait imposer une atténuation de la rigueur de cet arrêt. Dans un arrêt du 9 novembre 2001, le Conseil d'État décidait « *qu'il résulte de ces dispositions que l'autorité administrative, lorsqu'elle prononce ou maintient l'hospitalisation d'office d'un aliéné, doit indiquer dans sa décision les éléments de droit et de fait qui justifient cette mesure ; que si elle peut satisfaire à*

¹³¹ CE Section, 28 juillet 2000, E.A., *Rec. Lebon* p. 347 ; *JCP G* 2001, IV, 1368, obs. M.-Ch. Rouault.

¹³² Il s'agit des articles applicables à l'hospitalisation d'office avant l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du Code de la santé publique.

¹³³ Pour une confirmation pleine et entière de cette jurisprudence : CE Section, 1^{er} avril 2005, M^{me} Sylviane X, n° 264627, *AJDA* 2005, p. 1231, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RDA*, 2005, p. 683.

¹³⁴ De nombreuses décisions rappellent cet état de la jurisprudence administrative : CE 25 mai 1994, Commune de Saint-Chamond, n° 143702-143949, *mentionné aux tables du recueil Lebon* ; CE 11 juin 1997, M. A.B., n° 126050, *inédit au recueil Lebon* ; CE 16 octobre 1998, M. L., n° 168379, *inédit au recueil Lebon* ; CE 18 mai 1998, M. B., n° 170116, *inédit au recueil Lebon*.

¹³⁵ Pour un cas où l'appréciation de la motivation par le juge administratif met en évidence que la finalité sanitaire ne peut suffire à justifier une hospitalisation d'office : CAA Paris 17 avril 2007, M^{me} X., n° 06PA01431, *inédit au recueil Lebon* : « *Considérant que pour rejeter la requête de l'intéressée, le Tribunal administratif de Melun précise que l'arrêté attaqué du 5 novembre 2004 mentionne que M^{me} X " a été admise à la suite de troubles du comportement survenu dans un contexte délirant, qu'elle présente un comportement calme et adapté dans le service, que néanmoins il persiste un déni majeur de ses troubles, ce qui justifie le maintien de la mesure d'hospitalisation d'office afin de poursuivre les soins (...) "* ; *Considérant que la motivation retenue par l'arrêté préfectoral attaqué contredit les dispositions de l'article L. 3213-1 du code de la santé publique susvisée conditionnant le placement d'office au caractère actuel et certain du danger que doit présenter le patient pour l'ordre public ou la sécurité des personnes, et non à l'opinion que le patient se fait de lui-même ; que par suite, en ne vérifiant pas si les conditions d'application de l'article L. 3213-1 étaient remplies et en omettant de mentionner l'existence de troubles mentaux susceptibles de compromettre l'ordre public ou la sécurité des personnes, l'arrêté préfectoral est entaché d'illégalité et doit en conséquence être annulé ; »*

cette exigence de motivation en se référant au certificat médical circonstancié qui doit être nécessairement établi avant la décision préfectorale, c'est à la condition de s'en approprier le contenu et de joindre ce certificat à la décision.¹³⁶ » Depuis, ce considérant, qui renferme les exigences de forme de la motivation, a été repris dans un très grand nombre de décisions¹³⁷. L'ampleur de cette réception par les juridictions administratives témoigne que la jurisprudence est désormais fixée sur ce point¹³⁸.

Concernant la notification de l'arrêté d'hospitalisation, la Section du contentieux dans l'affaire M. E.A. indiquait qu'une fois la décision prise, l'autorité administrative doit informer l'intéressé des motifs de la décision le plus rapidement possible et d'une manière appropriée à son état. La Haute juridiction rappelait ensuite que si l'insuffisance ou l'absence de motivation entache d'illégalité la décision de placement d'office, et entraîne son annulation par le juge de l'excès de pouvoir, le défaut de notification de la décision à l'intéressé « qui se rapporte à l'exécution de la mesure de placement d'office, ne peut être sanctionné par ce juge ; que dans cette dernière hypothèse, il appartient à l'intéressé de demander au juge judiciaire, compétent pour statuer sur les conséquences dommageables de l'ensemble des irrégularités commises à l'occasion ou à la suite de la mesure de placement d'office, la réparation du préjudice résultant de la faute commise par l'administration en ne satisfaisant pas à cette obligation d'information postérieure au placement d'office ». Avec cette décision M. E.A., le Conseil d'État tirait simplement les conséquences des décisions prises par les autres juridictions supérieures sur la répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels. Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 27 janvier 2009¹³⁹ complétait remarquablement cette jurisprudence en précisant que ce sont les dispositions du code de la santé publique qui définissent les droits des personnes hospitalisées et déterminent l'ensemble des règles de procédure administratives auxquelles sont soumises l'intervention et l'exécution des décisions d'hospitalisation d'office et que dès lors, l'article 24 de la loi n° 2000-321 du

¹³⁶ CE, 9 novembre 2001, M. Fabrice D, n° 235247, L.P.A., 3 avril 2002, n° 67, pp. 12-18, concl. Sophie BOISSARD.

¹³⁷ Entre autres : TA de Cergy-Pontoise, M^{me} Yvonne A., 19 janvier 2005, req. n° 0502277 ; TA de Cergy-Pontoise 27 octobre 2006, M^{me} Desnos, n° 06570 et 0601664 ; TA de Dijon, 9 avril 2002, M. P.B. c/Préfet de la Nièvre, n° 002179/CC ; TA de Melun, 3 novembre 2005, M^{me} Anne S., req. n° 04-6646/2 ; TA d'Orléans du 23 juin 2005, M. Jean-Yves A., req. n° 0403751 ; TA de Nîmes 22 octobre 2007, M^{me} Monette C., n° 0505508, 0505509 et 0701965 ; TA de Paris 17 janvier 2007, M. A., n° 0515520/3/2, 0515521/3/2 ; TA de Strasbourg 13 février 2007, M. C. Baudoin, n° 0603534, 0603679, 0605192 ; CAA de Bordeaux, 20 juin 2006, M^{me} X, n°04BX01907 ; CAA de Bordeaux, 26 décembre 2006, M. Jean Bénazet, n° 04BX01853 ; CAA de Douai 29 décembre 2006, Préfet du Pas-de-Calais, n° 06DA00461 ; CAA de Lyon, 28 avril 2005, M. Henri X., req. n° 99LY02786 ; CAA de Nancy, 24 novembre 2003, req. n° 98NC01616 ; CAA de Paris 4 février 2008, Préfet de police c/M^{me} P.R., n° 07PA00708 ; dans un arrêt des 1^{re} et 2^e sous-sections réunies, 11 juin 2003, M. Michel X, n° 249086, inédit au recueil Lebon, le CE est particulièrement explicite à l'égard de sa jurisprudence antérieure : « Considérant que l'arrêté en date du 15 janvier 2001 par lequel le préfet de l'Oise a maintenu pour une nouvelle période de six mois l'hospitalisation d'office de M. X est motivé par la seule référence à un certificat médical d'un médecin psychiatre en date du 9 janvier 2001 demandant le maintien de cette hospitalisation, dont il ne reprend pas le contenu ; qu'il est constant que ledit certificat médical n'était pas joint à l'arrêté ; que, dans ces conditions, et quel que soit le contenu de ce certificat médical, l'arrêté du 15 janvier 2001 ne satisfaisait pas à l'obligation de motivation ; que, dès lors, la cour administrative d'appel de Douai a commis une erreur de droit en estimant que le bien-fondé du moyen dépendait du contenu dudit certificat et en se fondant sur celui-ci pour censurer le motif tiré du défaut de motivation de cet arrêté retenu par le tribunal administratif pour annuler l'arrêté du 15 janvier 2001 ; qu'ainsi, les deux arrêts attaqués doivent être annulés. » Dans cette affaire la Cour administrative d'appel, saisie par le ministre de la santé d'un appel contre le jugement qui avait annulé un arrêté d'hospitalisation se satisfaisant d'une simple référence au certificat médical, avait, dans un arrêt avant-dire-droit, enjoint au ministre de communiquer au médecin désigné par l'intéressé le certificat médical auquel l'arrêté préfectoral faisait référence. Le CE, en 2001, adoptait ainsi une solution diamétralement opposée à celle qu'il avait dégagée en 1995 (CE 3 mars 1995, Ministre de l'intérieur c/M.F.D : cf. *supra* note 178) puis maintenue dans ses décisions suivantes (par ex. : CE 3^e et 5^e sous-sections réunies, 16 octobre 1996, M. Gilbert A., n° 132785, inédit au recueil Lebon, précité note 190). Désormais, l'annulation de la décision est encourue du simple défaut d'annexion du certificat médical dès lors que l'arrêté qui s'y réfère n'en reprend pas les termes.

¹³⁸ La Direction générale de la santé a d'ailleurs très vite réagi, par une circulaire du 10 décembre 2001 elle informe l'administration du revirement opéré en jurisprudence et indique la pratique à observer : Circulaire DGS/SD6C n° 2001-603 du 10 décembre 2001, relative à la motivation des arrêtés préfectoraux d'hospitalisation d'office, BO n° 2001 - 51.

¹³⁹ CAA Paris, 27 janvier 2009, M^{me} Christelle X., n° 07PA02696, inédit au recueil Lebon ; déjà en ce sens : CAA Versailles, 18 novembre 2008, M^{me} Catherine X., n° 07VE00323, inédit au recueil Lebon.

12 avril 2000, qui fixe les règles générales de procédure applicables aux décisions devant être motivées en vertu de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, ne saurait être utilement invoqué à l'encontre d'un arrêté d'hospitalisation d'office¹⁴⁰. La Cour administrative d'appel de Paris, en révélant le fondement textuel qui autorise l'autorité administrative à procéder à l'exécution de la mesure avant toute notification, mettait en relief la conciliation que la loi opère entre les impératifs de sécurité publique et le respect des droits individuels. Contrairement aux prescriptions de la loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, le droit de la personne hospitalisée d'office à être informée des motifs de la décision naît de l'exécution de la mesure. La dérogation au droit commun tient évidemment dans l'obligation qui s'impose à l'autorité publique d'assurer l'ordre et la sécurité publics.

Ces exigences de forme ont été entièrement adaptées et transposées à l'hospitalisation à la demande d'un tiers pour tenir compte des particularités de cette procédure, puisque la décision du directeur de l'établissement de santé n'a pas à être formalisée par écrit et n'a donc pas à être motivée¹⁴¹. En outre, la qualité de tiers demandeur était réservée aux personnes suffisamment proches du patient, sans que l'intérêt pour la santé de ce dernier puisse autoriser un quelconque assouplissement des conditions fixées par la loi¹⁴².

L'un des effets de la nouvelle répartition des compétences fixée par la décision du Tribunal des conflits du 17 février 1997 a été de lever l'ambiguïté qui pesait sur la fonction du juge administratif, celle de devoir condamner l'administration pour des irrégularités de pure forme alors que la décision pouvait être légalement justifiée sur le fond qu'il ne lui appartenait pas d'examiner. À partir de l'année 2000, la jurisprudence administrative révèle véritablement la consécration des formalités substantielles instaurées par le législateur, propres à garantir la liberté de l'individu conformément aux stipulations internationales. De son côté, le juge civil tire de l'annulation des décisions d'hospitalisation par le juge administratif une conséquence d'une puissance souveraine : le droit à réparation de la personne du fait de l'atteinte irrégulière à la liberté individuelle, indépendamment de l'éventuelle justification médicale de l'hospitalisation sans consentement. Cependant, dans l'affaire qui a donné lieu à une décision de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 23 septembre 2004¹⁴³, la Cour d'appel, par arrêt confirmatif, avait estimé qu'il n'appartenait pas au juge des référés d'allouer la provision sollicitée, quand bien même le constat avait été fait que l'arrêté préfectoral de placement d'office avait été annulé par le tribunal administratif, dès lors qu'une contestation sérieuse existait concernant le bien-fondé de la mesure d'hospitalisation d'office. Il faut bien convenir que cette retenue des juges du fond était assimilable à la position que le Conseil d'État avait fait prévaloir pendant longtemps. La suprématie de la légalité interne réduisait alors à néant l'intérêt des exigences de formes censées protéger la personne de l'abus et de l'arbitraire. En l'occurrence, les juges des référés mettaient en doute le droit du créancier, donc l'existence même du préjudice, en raison d'une possible justification médicale de la mesure. Avec l'arrêt du 23 septembre 2004, la Cour de cassation s'est opposée à ce que les garanties formelles soient privées de l'effet voulu par le législateur.

Mais, le fait que le juge judiciaire soit tenté de faire prévaloir la nécessité médicale sur le respect des conditions de forme, comme ce fut le cas du juge administratif par le

¹⁴⁰ Mais cette motivation constructive a été contredite : CAA Lyon, 9 juillet 2009, M. A.G., n° 07LY02624, disponible sur <http://www.groupeinfoasiles.org>

¹⁴¹ CAA Versailles, 26 mai 2009, M. Jean-François X, n° 07V00007, inédit au recueil Lebon ; CAA Douai, 8 juillet 2004, M. Jean-Marie X., n° 02DA00776, inédit au recueil Lebon ; CAA Marseille, 27 décembre 2001, M^{me} Christiane X., n° 01MA01449, inédit au recueil Lebon ; CAA Marseille, 13 avril 2006, M^{me} Christiane X., n° 04MA00706, inédit au recueil Lebon ; CAA Paris 8^{ème} Chambre 6 avril 2009 n° 07PA02102 M^{me} X, *La lettre de la Cour administrative d'appel de Paris*, n° 113, avril 2009, [en ligne] disponible sur <http://www.caa-paris.juradm.fr>

¹⁴² CE 1^{re} et 2^e sous-sections réunies, 3 décembre 2003, Centre hospitalier spécialisé de Caen, n° 244867, publié au recueil Lebon.

¹⁴³ Cass. 2^{ème} civ., 23 septembre 2004, n° du pourvoi : 03-14284, *Bull. civ. 2004, II, n° 431, p. 364*, décision attaquée : CA Bordeaux, 5 septembre 2002 rectifiée le 23 janvier 2003.

passé, dévoile que la fonction de juger transcende la notion d'ordre juridictionnel¹⁴⁴. Et il y a sans doute une bonne dose d'illusoire dans l'idée qu'une judiciarisation de l'ensemble du contentieux de l'hospitalisation psychiatrique résoudrait à elle seule la question du plein effet des garanties formelles. En réalité, la difficulté intrinsèque à la matière est celle de la conciliation des droits et libertés de l'individu avec les impératifs de l'ordre et la sécurité publics. Le maintien de champs de compétences nettement séparés, depuis la décision du Tribunal des conflits du 17 février 1997¹⁴⁵, n'apparaît pas être la solution la moins adaptée pour parvenir à l'équilibre recherché ; sans nier que le dualisme juridictionnel comporte d'importants inconvénients, dont l'allongement du procès n'est pas le moindre. En moins d'une quinzaine d'années, le droit à la sûreté des personnes supposées atteintes de troubles mentaux est devenu réalité. L'hospitalisation contrainte n'a plus pu être ordonnée que dans les formes que la loi a prescrites. En cas de violation de ces conditions de forme, l'autorité publique est sanctionnée, le juge judiciaire n'hésitant pas à qualifier d'abus l'action de l'administration.

Il ne faut pas s'y tromper, la personne publique fautive, État, commune ou établissement de santé, est condamnée à une véritable peine. En effet, lorsque l'illégalité tient dans la seule irrégularité des décisions et que les troubles qui affectent la personne relèvent de soins en milieu hospitalier, le préjudice moral qui justifie l'indemnisation est bien le produit d'une fiction. En réalité, l'intéressé n'a subi aucun dommage spécifique et l'administration se voit infliger une amende pour avoir transgressé une norme fondamentale. Et le niveau des indemnités octroyées par le juge judiciaire est tel qu'il dissuade l'administration de s'écarter des exigences de forme.

Le dispositif juridictionnel en charge de l'hospitalisation psychiatrique contrainte était cohérent, conforme au dualisme juridique et aux principes constitutionnels. L'imperfection qui persistait, la durée de l'instance, pouvait être corrigée moyennant quelques aménagements de procédure qui auraient permis de remédier au risque de contrariété avec les exigences du bref délai en présence d'une atteinte à la liberté individuelle et du procès équitable de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le niveau des garanties accordées au citoyen contre l'enfermement arbitraire pour raison psychiatrique semblait satisfaisant lorsque des inquiétudes ont pu naître à propos du sort réservé à certains malades considérés comme dangereux et des modifications apportées en matière d'irresponsabilité pénale. 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 confirme une aggravation de leur situation qui peut faire craindre le contrôle social d'une population jugée présenter des risques.

II – De la protection de la personne atteinte de troubles mentaux à son contrôle sanitaire

Le Président de la République, Monsieur Nicolas Sarkozy, quelques jours après le meurtre d'un jeune homme par un malade qui avait fugué d'un hôpital psychiatrique à Grenoble, s'est prononcé pour plus de sécurité et de protection dans les hôpitaux psychiatriques. Le discours présidentiel, prononcé à l'hôpital psychiatrique d'Antony le 2 décembre 2008, marque un changement de cap dans la prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux. Pour le Président de la République, la protection de la société l'emporte sur la réinsertion des patients : *« L'espérance, parfois ténue, d'un retour à la vie normale, ne peut pas primer en toutes circonstances sur la protection de nos concitoyens. Les malades potentiellement dangereux doivent être soumis à une surveillance particulière afin d'empêcher un éventuel passage à l'acte. Et vous savez fort*

¹⁴⁴ Sur la fonction de juger et la dualité juridictionnelle : Pierre Draï, Être juges... et juger..., *R.F.D. adm.* 1990, p.694.

¹⁴⁵ T. confl. 17 février 1997, Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, concl. Jerry Sainte-Rose, *Gaz. Pal.* 1997, *jur. p.* 721 ; *JCP* 1997 .II. 22885

bien que des patients dont l'état s'est stabilisé pendant un certain temps peuvent devenir soudainement dangereux »¹⁴⁶. Ces propos généralisent à l'ensemble des malades mentaux la dangerosité qui caractérise une partie seulement d'entre eux, une proportion faible en vérité¹⁴⁷, que l'on voudrait la plus infime possible.

Le plan présidentiel a soulevé de vives protestations, les acteurs du soin psychiatrique entendant rappeler que tous les progrès réalisés sont liés à l'humanisation de la prise en charge des malades et que la politique de la sectorisation a révélé que l'offre de soins de proximité est de nature à réduire, dans une mesure considérable, le recours à la contrainte ; que la contrainte doit rester l'exception, lorsque le danger pour autrui et des troubles graves à l'ordre public sont avérés, aucun médecin ne devant pouvoir contraindre une personne à un traitement du simple fait qu'elle méconnaîtrait son mal. En un mot, une dérive hygiéniste était redoutée et les professionnels de la psychiatrie refusaient d'être instrumentalisés. D'autant que la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale, en assimilant la dangerosité de certains malades à la maladie mentale elle-même, préfigurait d'importants changements dans les modalités des soins psychiatriques et que le discours présidentiel du 2 décembre 2008 faisait écho à de nombreuses propositions de réforme de la loi du 27 juin 1990¹⁴⁸.

1. Le procès pénal de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux, une simple atténuation de la responsabilité pénale

La loi du 25 février 2008 a fait l'objet des critiques les plus sévères, car il est difficile de ne pas considérer la rétention de sûreté comme une mesure répressive¹⁴⁹. Son

¹⁴⁶ Collectif des 39 contre la nuit sécuritaire, Le discours sécuritaire de Sarkozy le 2 décembre 2008, discours de M. le Président de la République : L'hospitalisation en milieu psychiatrique – Antony – Mardi 2 décembre 2008, La nuit sécuritaire [en ligne], 20 décembre 2008. Disponible sur <http://www.collectifpsychiatrie.fr>

¹⁴⁷ La pétition du Collectif des 39 rappelle qu' « Il y a les faits, il y a les chiffres : le rapport de la Commission « Violence et santé mentale » dénombre qu'en 2005 sur 51 411 mis en examen dans des affaires pénales (crime ou délit) 212 ont bénéficié d'un non-lieu pour irresponsabilité mentale, c'est à dire 0,4 % des crimes et délits ! Mais en revanche, la prévalence des crimes violents contre les patients psychiatriques est 11,8 fois plus importante que par rapport à la population générale. La proportion des vols à leur encontre est 140 fois plus importante ! »

¹⁴⁸ Un projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge a été présenté au Conseil des ministres du 5 mai 2010 par Mme Roselyne Bachelot-Narquin, ministre de la santé et des sports – projet enregistré par la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 mai 2010 sous le n° 2494 : le texte présenté reprend les propositions de différents rapports afin de mieux assurer le suivi des personnes soignées, faciliter l'accès aux soins sans consentement d'une personne qui, sans constituer un trouble grave à l'ordre public, nécessite des soins en raison d'un péril imminent alors qu'aucun tiers intéressé n'est présent pour formuler la demande, créer une procédure de suivi des patients en soins ambulatoires, supprimer les sorties d'essai autres que celle de 12 heures maximum, introduire une période d'observation de 72 heures au plus, en hospitalisation complète, pour permettre le choix de la modalité de soins la plus adaptée et, surtout, remplacer la notion d'hospitalisation par celle de soins de manière à permettre une prise en charge en hospitalisation ou sous forme de soins ambulatoires selon l'avis médical. En somme, ce projet entend bien légaliser des pratiques sanctionnées par les juges sous l'empire de la loi en vigueur et se place résolument dans une perspective sécuritaire, sous couvert de l'intérêt même du malade.

¹⁴⁹ Jean-Philippe Feldman, Un Minority report à la française ? La décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence, *JCP éd. G n°16, 16 avril 2008, II 10077* ; Sur le caractère punitif des mesures dites de sûreté, voir également : Haritini Matsopoulou, L'application des « peines », puis des « mesures de sûreté » aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences – (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 16 décembre 2009), *Dr. Pénal n° 2, février 2010, étude 4* ; Philippe Bonfils, Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *Rev. Sc. Crim. 2008, p. 392* ; Bruno Lavielle, Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté), *GP, 4 mars 2008, n°64, p.2* : le Vice-président chargé de l'instruction au tribunal de grande instance de Fort-de-France, dans cet article fortement argumenté, qualifie la rétention de sûreté de peine insupportable, incompréhensible et inutile ; Voir également Claudia Ghica-Lemarchand, La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008), *RDP 2008, p. 1381* : l'auteur souligne que les griefs adressés à la rétention de sûreté ne sont pas fondés, car les critères d'appréciation de la mesure ne doivent pas être ceux de la peine mais ceux des mesures de sûreté.

dispositif bouleverse les principes du droit pénal¹⁵⁰, une privation de liberté résultant non pas des faits commis, mais de la présomption d'un risque de récidive d'une infraction pour laquelle son auteur a purgé une peine¹⁵¹.

L'idée de prévenir la récidive a également orienté les dispositions relatives à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, même si la procédure de déclaration en elle-même était avant tout destinée à satisfaire la réclamation du droit à un procès des parties civiles. En effet, les instances de jugement sont dorénavant appelées à déclarer l'intéressé irresponsable pénalement à l'issue d'une procédure contradictoire et le condamner à des mesures de sûreté au titre de sa dangerosité, lesquelles semblent assimilables à des peines au sens du Code de procédure pénale.

A – La déclaration d'irresponsabilité pénale

Avec la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, le plus souvent l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental fera l'objet d'une déclaration à l'issue d'une audience publique. L'arrêt ou le jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale peut ordonner des mesures de sûreté qui ne peuvent excéder dix ans en matière correctionnelle et vingt ans si les faits commis constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement. La procédure de déclaration a été insérée dans un titre XXVIII du livre IV du code de procédure pénale.

Dans la loi, ces dispositions jouxtent celles relatives à des mesures de sûreté réservées aux auteurs des infractions les plus graves. Le législateur n'a donc pas craint le risque d'une assimilation du danger que représentent les aliénés avec la menace que constituent les délinquants criminels. La raison en est que la notion de dangerosité égalise le traitement des risques au fil des progrès de la science en matière de prédiction. La déclaration d'irresponsabilité pénale devant préciser que des charges suffisantes existent pour établir que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés, son caractère dangereux est avéré. Le risque pour l'avenir doit donc être envisagé, d'autant que les méthodes d'évaluation de la dangerosité ont progressé. Mais on ne parle plus ici de danger, menace présente et objective, mais d'un aléa, menace future et éventuelle : le risque de danger ou le risque de récidive de l'infraction. Il s'ensuit que la question posée au médecin expert ne se limite plus à indiquer quel était l'état mental du sujet au moment des faits, elle se dédouble pour envisager les incertitudes de la thérapeutique ou le danger inhérent à la pathologie en cause.

Le domaine de l'irresponsabilité pénale est d'abord défini par l'exclusion des troubles de la personnalité, puis par l'application de l'article 122-1 du code pénal. Mais la mise en œuvre de ces dispositions pénales est elle-même influencée par l'actualité de la politique criminelle et par l'étendue et la précision de la mission confiée à l'expert psychiatre.

La dangerosité psychiatrique doit être distinguée de la dangerosité criminologique, en retenant que la dangerosité peut associer les deux aspects. L'hétérogénéité de la notion complique l'évaluation dont la fiabilité conditionne un traitement judiciaire et médical adapté des auteurs d'infractions en vue de prévenir leur récidive. Mais une conséquence des définitions qui ont été données¹⁵² est que la dangerosité psychiatrique

¹⁵⁰ Pascal Jan, Le Président, le Conseil et la Cour. Une histoire de Palais de mauvais goût, *AJDA 2008*, p. 714 : sur la décision, le contexte et les réactions institutionnelles qu'elle a provoquées ; Martine Herzog-Evans, La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit, *AJ Pénal 2008*, p.161.

¹⁵¹ Christian A. Kupferberg, La Sicherungsverwahrung ou la rétention de sûreté allemande, *Droit pénal n° 5*, Mai 2008, étude 8 : si la mesure allemande peut être prononcée pour des peines moins élevées, elle prend plus en considération la réitération de l'acte infractionnel que le risque élevé de récidive.

¹⁵² Santé, Justice et dangerosités : *Pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport de la Commission Santé-Justice présidée par J.-Fr. Burgelin, juillet 2005, La documentation française, 196 p. : la dangerosité est « un phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens. » p. 10 et note de bas de page 16 ; La dangerosité psychiatrique

appelle une approche individualisée et subjective tandis que la dangerosité criminologique, qui intéresse le délinquant, relève davantage d'une analyse objective fondée sur les probabilités. Les sujets affectés de troubles graves de la personnalité ne présentent pas de troubles psychiatriques à proprement parler¹⁵³ et ne peuvent donc bénéficier de l'irresponsabilité pénale qui est reconnue dans les seuls cas d'abolition du discernement pour cause de trouble mental au moment des faits répréhensibles. C'est à l'égard des premiers que le législateur a institué les mesures de rétention de sûreté et de surveillance de sûreté avec la loi du 25 février 2008. Cependant, une médicalisation des sujets psychopathes résulte des dispositions législatives comme de la décision du Conseil constitutionnel sur la rétention¹⁵⁴. La loi peut ainsi donner le sentiment de la fiabilité de l'évaluation au moyen de grilles d'analyse actuarielles qui définissent une probabilité statistique de la dangerosité criminologique, mais aussi qu'un traitement reconnu des troubles de la personnalité existe¹⁵⁵. Un risque de confusion est finalement préjudiciable aux personnes atteintes de troubles mentaux, car « *l'extension du champ d'application des missions de l'expert psychiatre perturbe la distinction pourtant fondamentale entre dangerosité psychiatrique et dangerosité criminologique* »¹⁵⁶. La distinction fondamentale pourrait ainsi devoir s'accommoder de l'emprise grandissante de la criminologie avec, à terme, des appréciations rendues pour grande partie sur la base de la grille froide des critères criminologiques plutôt que sur l'histoire et l'évolution personnelles du malade. Cela, alors qu'aucun lien direct n'a encore été établi entre troubles mentaux et criminalité¹⁵⁷.

En somme, le dispositif instauré par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 s'est éloigné du postulat fondamental, la distinction entre les dangerosités psychiatrique et criminologique s'avérant plus formelle que réelle. Or, si l'on craint que le délinquant puisse être perçu comme un malade, l'on doit bien évidemment redouter que le malade mental puisse être assimilé à un délinquant. La pratique des évaluateurs et la vigilance des juges doivent avoir le souci de cette séparation d'autant plus délicate qu'une personnalité psychopathique peut associer des troubles mentaux, tandis que la maladie mentale peut comporter des traits psychopathiques.

Inversement, les exigences de l'expertise psychiatrique médico-légale limitent considérablement les cas où l'on doit reconnaître l'irresponsabilité pénale. Il y a lieu de démontrer la maladie mentale et l'état d'aliénation au temps de l'action, mais encore

est, elle, définie par la Commission comme « *un risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental, et notamment au mécanisme et à la thématique de l'activité délirante* », *ibid.*

¹⁵³ Rapport de la Commission permanente de suivi de la récidive daté du 28 juin 2007, présidée par le Professeur Jacques Robert, qui doit élaborer annuellement un rapport sur le suivi de la récidive qui fait l'objet d'une publication officielle, 110 p., p.44.

¹⁵⁴ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, considérant 19 et 21 : Le Conseil constitutionnel a considéré que la rétention de sûreté est d'une rigueur nécessaire si « *ce condamné a pu, pendant l'exécution de sa peine, bénéficier de soins ou d'une prise en charge destinés à atténuer sa dangerosité mais que ceux-ci n'ont pu produire des résultats suffisants, en raison soit de l'état de l'intéressé soit de son refus de se soigner* » et qu'il appartiendra donc « *à la juridiction régionale de la rétention de sûreté de vérifier que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre ; que, sous cette réserve, la rétention de sûreté applicables aux personnes condamnées postérieurement à la publication de la loi déferée est nécessaire au but poursuivi* ».

¹⁵⁵ Sur les limites des traitements qui peuvent être imposés aux personnes atteintes de troubles de la personnalité, voir : Vincent Lamanda, Premier président de la Cour de cassation, *Amoinrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux*, rapport à Monsieur le Président de la République, 30 mai 2008, 70 p., p. 27-31 ; dans le même sens : J-L Senon et C. Manzanera, *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté*, *AJ Pénal 2008*, p. 176.

¹⁵⁶ Jean-Paul Garraud, *Réponses à la dangerosité*, rapport sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, p. 30, 193 p.

¹⁵⁷ Rapport de la Commission Santé-Justice : « *Toute personne souffrant de troubles mentaux ne doit pas être systématiquement considérée comme dangereuse* » p. 38 ; le rapport souligne par ailleurs que tous les psychiatres auditionnés par la commission se sont montrés sceptiques quant à l'existence d'une corrélation entre criminalité et troubles mentaux p. 8-9. Les rapports qui ont suivi conviennent de l'absence de lien certain entre troubles mentaux et criminalité.

l'existence d'un lien direct et exclusif entre cet état d'aliénation et les faits commis¹⁵⁸. Cette rectitude du raisonnement, conforme aux conditions posées par le code pénal à l'irresponsabilité pénale, exclut que des pathologies parfois lourdes, chroniques, puissent obscurcir la conscience au point de justifier par elles-mêmes une exonération de responsabilité. La rigueur de l'article 122-1 du code pénal impose que l'état d'aliénation soit l'unique cause des actes répréhensibles, elle emporte aussi d'importantes conséquences puisque des malades mentaux sont soumis au régime pénitentiaire¹⁵⁹. Or, les études réalisées montrent que les soins dispensés aux personnes détenues atteintes de troubles mentaux sont très insatisfaisants¹⁶⁰ et un rapport de 2010 témoigne de la persistance des difficultés systémiques que connaît la prise en charge de ces personnes en milieu carcéral¹⁶¹. La question de la croissance de cette population se heurte au caractère lacunaire des statistiques¹⁶². Mais les rapporteurs conviennent d'une augmentation du nombre des détenus atteints de troubles mentaux¹⁶³ en considération de l'avis très majoritaire des experts en ce sens et des facteurs qui viennent expliquer une reconnaissance plus fréquente de la responsabilité pénale des personnes atteintes de troubles mentaux. La condition réservée aux personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis des infractions ne correspond donc pas toujours avec la réalité du tableau clinique et la volonté du législateur. Les soins dus à ces personnes passent alors au second plan¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Thierry Michaud-Nérard, Le problème de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux « déclarés déments », *Gaz. Pal.*, 30 juin 2009, n° 181, p. 2.

¹⁵⁹ Jean-Louis Senon et Cyril Manzanera, L'expertise psychiatrique pénale : les données d'un débat, *AJ Pénal 2006*, p. 66.

¹⁶⁰ Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 septembre au 9 octobre 2006, CPT/inf (2007) 44, 111 p., disponible sur www.coe.int [publication : 10/12/2007] ; P. Goujon et Ch. Gautier, sénateurs, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par la mission d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, n° 420, session ordinaire de 2005-2006, annexé au procès-verbal de séance du 22 juin 2006, 95 p., disponible sur <http://www.senat.fr>

¹⁶¹ G. Barbier, C. Demontès, J-R Lecerf et J-P Michel, sénateurs, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, par le groupe de travail sur la prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis des infractions, n° 434, session ordinaire de 2009-2010, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 mai 2010, 120 p., disponible sur <http://www.senat.fr>

¹⁶² Selon le rapport, p. 22-23, les estimations reprises par les pouvoirs publics, d'après lesquelles il y aurait 25 % de personnes atteintes de troubles mentaux en prison et que cette proportion aurait beaucoup augmenté récemment, doivent être nuancées. Cela parce que les chiffres englobent des pathologies sans distinguer selon leur cause et leur gravité. Ensuite, le groupe de travail estime que les statistiques sont lacunaires et que leurs bases méthodologiques sont parfois critiquables. C'est « Sur la base des rares statistiques disponibles interprétées à la lumière des observations et des témoignages de ses interlocuteurs » que le groupe de travail « s'est efforcé de réunir les éléments d'appréciation les moins contestables, quitte à mettre en cause certaines idées reçues. » Sur ce, le groupe de travail retient, d'après les études de la DREES, qu'au moins un trouble psychiatrique de gravité plus ou moins importante a été repéré chez 55% des entrants ; qu'un entrant sur cinq a déjà été suivi dans un secteur de psychiatrie ; qu'un suivi psychiatrique est préconisé pour la moitié des entrants et que les troubles psychotiques concerneraient 8 % des patients suivis. D'après une étude épidémiologique conduite en 2003-2004, le groupe de travail énonce que 35% à 42 % des détenus sont considérés comme manifestement malades, gravement malades ou parmi les patients les plus malades ; 42 % des hommes et la moitié des femmes détenus en métropole présentent des antécédents personnels et familiaux d'une gravité manifeste ; 38 % des détenus incarcérés depuis moins de six mois présentent une dépendance aux substances illicites (75 % dans les DOM) et 80% une dépendance à l'alcool ; un entretien sur cinq (22 %) a débouché sur un signalement auprès de l'équipe soignante de l'établissement avec l'accord de l'intéressé.

¹⁶³ *Ibid.* p. 29 : le nombre de non-lieux fondés sur le trouble mental est ainsi passé de 611 en 1989 à 196 en 2006 ; la part des non-lieux pour cause de trouble mental rapportée à l'ensemble des mises en examens est passée de 0,8 % à 0,4 % entre 1989 et 2006 ; la part des non-lieux motivés par l'abolition du discernement rapportée à l'ensemble des non-lieux prononcés est restée stable, autour de 5 % tant sous l'application de l'article 64 que sous celle de l'article 122-1 du code pénal.

¹⁶⁴ L'ensemble de ces critiques a été confirmé par un avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté rendu le 15 février 2011, paru au JO du 20 mars 2011 ; sur cet avis, voir : Marylène Bruggeman, Soins psychiatriques : un avis très critique du contrôleur général des prisons, *Droit de la famille n° 5, Mai 2011, alerte 41* ; Sur la condition carcérale des malades mentaux : Patricia Hennion-Jacquet, Dignité et détention des personnes souffrant de troubles mentaux, et si la justice s'arrêtait aux portes des prisons ?, *R.D. sanit. et soc. 2009*, p. 509.

Du dispositif instauré par la loi du 25 février 2008, l'on retiendra donc une médicalisation du fait criminel et une pénalisation du trouble mental¹⁶⁵. Avec ce chassé-croisé, notre société applique au fait délinquant la part d'humanité qu'elle a soustrait à la prise en charge des malades mentaux, mais, dans les deux cas, pour mieux neutraliser les intéressés en raison de leur dangerosité.

Concernant la déclaration d'irresponsabilité pénale proprement dite, la loi du 25 février 2008 cultive le paradoxe. Si elle affirme en frontispice que le principe d'irresponsabilité est inchangé, la déclaration d'irresponsabilité pénale est prise par arrêt ou jugement, ce qui entre en contradiction avec le principe affiché, et des mesures de sûreté peuvent être prononcées si la dangerosité de l'intéressé est déclarée, ce qui fait évoquer une sanction des actes reprochés pour satisfaire la demande des victimes. D'ailleurs le retour insidieux à une conception objective de la responsabilité pénale a été dénoncé¹⁶⁶, de même que la pénalisation de la folie¹⁶⁷.

B - Les mesures de sûreté consécutives à la déclaration d'irresponsabilité pénale

La satisfaction que le législateur a accordée aux victimes répondait à une demande sociale, mais la procédure à l'issue de laquelle des mesures de sûreté sont prononcées rend la fonction réelle de ces dernières suspecte. Autrement dit, la finalité poursuivie par le législateur, la sécurité publique, est légitime, mais les mesures de sûreté prévues par la loi¹⁶⁸, telles qu'elles s'inscrivent dans la procédure, dévoilent une fonction de peine destinée à l'apaisement des victimes. Comme l'a écrit un observateur : *En somme, l'idée qui ressort de cette loi est qu'à défaut d'une sanction pénale frappant une personne atteinte d'une maladie mentale, la solution a été d'offrir au juge la possibilité de l'hospitaliser.*¹⁶⁹ Cette opinion est largement partagée¹⁷⁰. Le dispositif actuel ne consacrerait donc pas l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental mais un système de simple atténuation de la responsabilité pénale. C'est dire que l'innocence de l'aliéné, bien que déclarée, est réprimée sous une forme déguisée ; qu'il y a une pénalisation de la prise en charge des malades mentaux ayant commis des infractions malgré leur aliénation au moment des faits et donc un retour à une conception archaïque de la responsabilité, fondée sur l'imputation matérielle des faits et non plus sur l'élément moral, sur les conditions d'imputabilité. La pénalisation de la prise en charge de ces personnes, avec la loi du 25 février 2008, résulte plus sûrement encore de l'article 706-

¹⁶⁵ Geneviève Casile-Hugues, Chroniques d'actualité – Organisation, santé publique et sécurité sanitaire : la médicalisation de la répression dans la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *Gaz. Pal.*, 7 juin 2008 n° 159, p. 20.

¹⁶⁶ Pierre-Jérôme Delage, La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité, *Rev. Sc. Crim.* 2007, p. 797.

¹⁶⁷ Didier Ligier, La réforme des règles applicables en matière d'irresponsabilité pénale des malades mentaux : un projet critiquable, *AJ Pénal* 2004, p. 361.

¹⁶⁸ La chambre de l'instruction et les juridictions de jugement, après avoir déclaré la personne irresponsable pénalement en raison d'un trouble mental ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes au moment des faits, peuvent prononcer une ou plusieurs des mesures de sûreté prévues au chapitre III du titre consacré à la procédure et aux décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : l'hospitalisation d'office (article 706-135 code proc. pén.) et autres mesures de sûreté prévues par l'art. 706-136 du même code : « 1° Interdiction d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines personnes ou catégories de personnes, et notamment les mineurs, spécialement désignés ; 2° Interdiction de paraître dans tout lieu spécialement désigné ; 3° Interdiction de détenir ou de porter une arme ; 4° Interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole spécialement désignée, dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ou impliquant un contact habituel avec les mineurs, sans faire préalablement l'objet d'un examen psychiatrique déclarant la personne apte à exercer cette activité ; 5° Suspension du permis de conduire ; 6° Annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis. »

¹⁶⁹ S. Benalcàzar, L'hospitalisation d'office prononcée par un juge : regards critiques sur la loi du 25 février 2008, *Gaz. Pal.*, 4 avril 2009 n°94, p.9.

¹⁷⁰ Katia Lucas, L'initiative de l'hospitalisation d'office : un pouvoir partagé au service d'un contrôle sanitaire et social renforcé, *R.D. sanit. et soc.* 2010, p. 1077 : sur le caractère sécuritaire dominant de la mesure d'hospitalisation et sur l'inaptitude de la psychiatrie à rendre compte d'une grande partie des conduites d'infraction.

139 du code de procédure pénale qui prévoit que « *La méconnaissance par la personne qui a fait l'objet des interdictions prévues par l'article 706-136 est punie, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, de deux ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende.* » Ainsi la personne pourra-t-elle connaître l'emprisonnement pour n'avoir recouvré sa raison que partiellement ou parce que son discernement a de nouveau été altéré par le trouble mental à l'origine de tout son mal.

Antérieurement à ce dispositif de la loi du 25 février 2008, la personne ayant bénéficié d'un non lieu, d'une décision de relaxe ou d'un acquittement en raison d'un trouble mental ayant aboli son discernement au moment de l'action, était neutralisée par application des articles L. 3213-7 et L. 3213-8 du code de la santé publique lorsque ses troubles pouvaient faire craindre pour la sécurité des personnes ou l'ordre public. L'hospitalisation d'office, la neutralisation de l'auteur des faits, était alors fondée sur la protection des personnes dans leur généralité. La compassion témoignée par la loi 2008-174 à l'égard des victimes n'a peut être été que l'occasion d'un renforcement de la surveillance des personnes reconnues pénalement irresponsables pour cause de trouble mental, tant les préoccupations législatives étaient dominées par la lutte contre la récidive criminelle ces dernières années. Les personnes concernées constituent désormais une catégorie particulière au sein des personnes soignées sous contrainte pour trouble mental. En effet, les mesures de sûreté, qui donnent lieu à inscription au casier judiciaire, peuvent subsister durant vingt années après leur prononcé, y compris lorsque les soins hospitaliers et l'écoulement du temps ont permis l'anéantissement des troubles responsables. Dans ces conditions, l'article L. 3211-5 du code de la santé publique qui dispose qu' « *À sa sortie de l'établissement, une personne hospitalisée en raison de troubles mentaux conserve la totalité de ses droits et devoirs de citoyen, sous réserve des dispositions des articles 492 et 508 du code civil, sans que ses antécédents psychiatriques puissent lui être opposés.* » ne bénéficie plus à cette catégorie de personnes hospitalisées, désormais appréhendées à partir du critère de la dangerosité.

L'on pouvait craindre que la méfiance manifestée par ce dispositif à l'égard des malades dangereux rejaillisse sur toute forme de maladie mentale. 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, sous un titre mélioratif, tend à un contrôle social des personnes atteintes de troubles mentaux.

2 – La réforme des soins psychiatriques ou l'organisation d'un contrôle social par la voie sanitaire

Le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge¹⁷¹ se caractérisait par la dissociation des modalités de soins de la mesure de contrainte aux soins et par un net recul des droits et garanties qui existaient dans la loi de 1990¹⁷².

Notamment, la procédure d'admission à la demande d'un tiers se distinguait des dispositions qui étaient en vigueur en ce qu'elle supprimait la garantie liée à l'exigence d'un certificat médical initial rédigé par un médecin n'exerçant pas dans l'établissement qui accueille le malade, l'admission ayant lieu sur la base d'un seul certificat médical. Dans le projet de loi, la procédure d'urgence de la loi de 1990 devenait le mode commun d'admission en soins à la demande d'un tiers. En cas de péril imminent pour la santé de la personne, le projet dispensait l'administration de l'obligation de recueillir la demande d'un tiers. Parallèlement un affaiblissement du contrôle médical et administratif du suivi des soins pouvait être noté. Enfin, le projet accordait au psychiatre le pouvoir de s'opposer à la levée de la mesure de soins sans consentement demandée par un proche

¹⁷¹ Projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, Assemblée nationale, XIII^e législature, n° 2494

¹⁷² Cécile Castaing, La réforme du droit des soins psychiatriques : le droit en folie ?, *AJDA* 2010, p. 1393.

ou un tiers ayant qualité (article L.3212-9) au moyen d'un simple avis médical attestant que l'arrêt des soins entraînerait un péril imminent pour la santé du patient.

Pour l'admission en soins sans consentement sur décision du représentant de l'État, le projet supprimait la garantie attachée à l'indépendance d'un médecin extérieur à l'établissement de santé, renforçait les pouvoirs de l'autorité publique et distinguait plusieurs régimes de soin selon la qualité du patient. Corrélativement à l'assouplissement de la procédure d'admission, le projet de loi renforçait les pouvoirs du représentant de l'État dans le département pour vérifier, le cas échéant, l'indication de sortie des soins.

Par lettre rectificative au projet de loi¹⁷³, le Gouvernement a apporté les modifications qu'imposait la décision du Conseil constitutionnel sur les conditions de maintien de l'hospitalisation à la demande d'un tiers¹⁷⁴, et plus largement de l'hospitalisation sans consentement, en organisant le contrôle de plein droit exercé par le juge des libertés et de la détention. De plus, le Gouvernement a retenu que la décision du Conseil constitutionnel commandait de réexaminer la question de l'allègement des exigences en matière de certificats médicaux préalablement requis à l'admission. En effet, si les garanties encadrant l'admission en hospitalisation sans consentement sont suffisantes, c'est en raison de la diversité des certificats requis à cet effet et des médecins appelés à les établir. Aussi le Gouvernement a-t-il décidé de revenir aux exigences en vigueur et de renoncer aux mesures de simplification qui concernaient les certificats médicaux.

La loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 a repris la quasi-totalité des dispositions contenues dans le projet, la plupart des amendements retenus étant de pure forme.

A – Les droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques

La modification essentielle introduite par la nouvelle loi consiste à dissocier les modalités de soins de la mesure d'obligation aux soins. La substitution d'une obligation de soins sans consentement à l'hospitalisation sans le consentement de la personne affecte tout le dispositif. On comprend que la nouvelle modalité de droit commun des soins imposés appelle des aménagements. Cependant, les dispositions relatives aux personnes soignées sans leur consentement sont marquées par un renforcement des avis médical et hospitalier dans les procédures de contrainte, un accroissement des pouvoirs de l'autorité publique et une implication du juge judiciaire dans le processus décisionnel administratif.

Deux séries de dispositions nouvelles ont été insérées au chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre II de la troisième partie du code de la santé publique, intitulé « *Droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques* » :

- L'article L. 3211-2-1 fixe les modalités de la prise en charge de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II et III du titre 1^{er} consacré aux modalités de soins psychiatriques ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale, c'est-à-dire de la prise en charge sans le consentement de la personne. La prise en charge peut prendre la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du code de la santé publique (1^o de l'article L.3211-2-1) ou une autre forme qui inclut des soins

¹⁷³ Lettre rectificative au projet de loi (n° 2494) relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, n° 3116, présentée par M. François Fillon, Premier ministre, et enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 janvier 2011, document disponible sur le site de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3116.asp>; Brondel Séverine, Hospitalisation sans consentement : le gouvernement s'exécute, *AJDA 2011*, p. 140 ; Bruggeman M., Le Gouvernement revoit sa copie !, *Droit de la famille n°3*, mars 2011, alerte 20.

¹⁷⁴ Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Melle S., *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 30 ; Albert Nathalie, « Il est interdit d'interner...sans contrôle judiciaire » - À propos de la décision du Conseil constitutionnel, n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *JCP éd. A n° 49*, 6 décembre 2010, act.897.

ambulatoires qui peuvent comporter des soins à domicile dispensés par un établissement mentionné au même article L.3222-1, avec, le cas échéant, des séjours effectués dans un établissement de ce type (2° de l'article L.3211-2-1) Lorsque les soins sont ceux prévus au 2°, un programme de soins est établi par un psychiatre de l'établissement d'accueil. Seul un psychiatre qui participe à la prise en charge du patient peut modifier ce programme pour tenir compte de l'évolution de son état de santé.

L'article L.3211-2-1 impose ensuite au psychiatre de recueillir l'avis du patient préalablement à la définition du programme de soins et avant toute modification de celui-ci. À l'occasion de cet entretien le psychiatre est tenu de délivrer au patient l'information prévue à l'article L.3211-3. Le patient doit également être avisé des dispositions de l'article L.3211-11.

- L'article L. 3211-2-2 crée une période d'observation et de soins initiale sous la forme d'une hospitalisation complète qui inaugure l'admission de toute personne faisant l'objet de soins sans son consentement, que cette admission intervienne en application des dispositions relatives aux soins sans consentement à la demande d'un tiers ou bien sur décision du représentant de l'État dans le département. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, cette période a pour objet d'engager les soins nécessaires et d'évaluer l'état du patient afin de définir la modalité de prise en charge la mieux adaptée : hospitalisation complète ou soins ambulatoires avec éventuellement des séjours hospitaliers partiels. Aussi, les alinéas 2, 3 et 4 de l'article L. 3211-2-2 disposent-ils que « *Dans les vingt-quatre heures suivant l'admission, un médecin réalise un examen somatique complet de la personne et un psychiatre de l'établissement d'accueil établit un certificat médical constatant son état mental et confirmant ou non la nécessité de maintenir les soins psychiatriques au regard des conditions d'admission définies aux articles L. 3212-1 ou L. 3213-1. Ce psychiatre ne peut être l'auteur du certificat médical ou d'un des deux certificats médicaux sur la base desquels la décision d'admission a été prononcée.*

Dans les soixante-douze heures suivant l'admission, un nouveau certificat médical est établi dans les mêmes conditions que celles prévues au deuxième alinéa du présent article.

Lorsque les deux certificats médicaux ont conclu à la nécessité de maintenir les soins psychiatriques, un psychiatre de l'établissement d'accueil propose dans un avis motivé, établi avant l'expiration du délai de soixante-douze heures mentionné au troisième alinéa du présent article, la forme de la prise en charge mentionnée aux 1° et 2° de l'article L. 3211-2-1 et, le cas échéant, le programme de soins. »

Le dispositif innove avec la contrainte aux soins sous le mode ambulatoire, étant précisé que la prise en charge du patient pourra être modifiée à tout moment pour tenir compte de l'évolution de l'état de la personne, à l'appui d'un certificat médical circonstancié et, lorsqu'il ne pourra être procédé à l'examen du patient, à l'appui d'un avis établi sur la base du dossier médical de la personne (article L. 3211-11). C'est-là l'information que le psychiatre doit donner au patient, prévue à l'article L. 3211-3, lorsqu'il recueille son avis. C'est dire également qu'une hospitalisation contrainte pourra être décidée sur un simple avis médical. La souplesse de la procédure place la personne soignée dans un état de totale dépendance, sa condition étant assujettie aux aléas du traitement instauré par le médecin, sans égard pour les répercussions que ces changements pourraient avoir sur sa vie familiale et sociale. Cette externalisation de la contrainte ne reflète pas une position consensuelle des psychiatres et plus largement des médecins, qui estiment impossible d'établir une relation thérapeutique sur la base de telles conditions.

Par ailleurs, la période d'observation de 72 heures en hospitalisation complète intéresse aussi des personnes n'ayant jamais provoqué le moindre trouble à l'ordre

public, dès lors que la contrainte concerne aussi bien le danger pour la personne même de l'intéressé que le danger pour autrui. La possibilité d'interner une personne jusqu'à 72 heures pour conclure éventuellement à sa sortie paraît excessive.

De plus, une conséquence parfaitement prévisible, et redoutable pour la condition individuelle, est l'allongement de la durée des soins sous la contrainte. Le manque de place en hospitalisation temps plein, malgré les difficultés qu'il engendrait, faisait office d'aiguillon pour l'administration hospitalière, tenue en quelque sorte à une obligation de résultat. La durée des hospitalisations a été réduite sous la pression de la demande. Il faut également se souvenir de la critique adressée aux sorties d'essai et des abus consistant à maintenir la personne sous contrainte sanitaire alors que les conditions n'en étaient plus réunies. La solution des soins ambulatoires sous menace d'hospitalisation apparaît alors comme la légalisation d'une pratique hospitalière qui était sanctionnée par les juges, avant d'être une réponse adaptée aux besoins de soins. L'on débouche aussi sur la recherche de soins plus économiques, mais hélas également sur une économie de soins, au détriment de leur qualité. Il s'agit en fait davantage de traiter des masses que des personnes porteuses de dignité et titulaires de droits, et à ce titre considérées dans leur individualité.

L'article L. 3211-3, selon l'exposé des motifs, assure la mise en œuvre de la recommandation R (2004)10 du 22 septembre 2004 du Conseil de l'Europe en prévoyant « *l'information du patient sur les mesures le concernant et son droit de formuler des observations, tout en aménageant leur mise en œuvre au regard des contraintes notamment liées à l'état de celui-ci.* » L'article L. 3211-3 conserve au bénéfice de la personne atteinte de troubles mentaux faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement le principe de restriction minimale de ses libertés : les restrictions de ses libertés individuelles doivent être limitées à celles nécessitées par son état de santé et la mise en œuvre du traitement et, en toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée. Concernant l'information de la personne, le principe est posé que toute personne contrainte à des soins psychiatriques doit être informée le plus rapidement possible et d'une manière appropriée à son état de toutes les décisions qui la concernent et des raisons qui les motivent (article L.3211-3, a) . Dès son admission, ou aussitôt que son état le permet, et par la suite à sa demande, la personne doit être informée de sa situation juridique, de ses droits, des voies de recours qui lui sont ouvertes et des garanties qui lui sont offertes en application de l'article L. 3211-12-1 (les garanties liées au contrôle de plein droit exercé par le juge des libertés et de la détention). Enfin, l'avis de la personne sur les modalités de soins envisagées doit être recherché et pris en considération, dans toute la mesure du possible. Dans le cadre de la nouvelle modalité de prise en charge (hospitalisation complète ou soins ambulatoires), les nouvelles dispositions de l'article L. 3211-3 font ensuite deux ajouts à la liste des droits dont dispose toute personne soignée sans son consentement:

- Elle a le droit de saisir la commission mentionnée à l'article L. 1112-3 en cas d'hospitalisation;
- Elle a le droit de porter à la connaissance du contrôleur général des lieux de privation de liberté les informations prévues à l'article 6 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007.

Mais il n'est nullement certain que les précisions apportées par le nouvel article L. 3211-3 vailent mieux que la concision des dispositions applicables sous la loi de 1990. Dans ce même article, le texte de 1990 disposait simplement que la personne « *doit être informée dès l'admission et par la suite, à sa demande, de sa situation juridique et de ses droits.* » Cette concision était en fait bien préférable, faisant peser sur l'administration de l'établissement une obligation d'informer sans possibilité de dérogation ou de report tenant à l'état de la personne intéressée. Ces dispositions détaillées relatives à l'information du patient relèvent plus du domaine déclaratif que de garanties effectives. Quant aux droits de saisir la commission mentionnée à l'article L. 1112-3 en cas d'hospitalisation et de porter à la connaissance du contrôleur général des lieux de privation de liberté les faits susceptibles de relever de sa compétence, il s'agit avant tout d'une actualisation des droits inaliénables reconnus à une personne

privée de liberté. Mais ces institutions ont surtout pour vocation de contrôler les conditions de la détention pouvant porter atteinte à la dignité humaine¹⁷⁵, une mission qui est hautement estimable, mais qui n'a pas pour premier objet de soustraire la personne à la détention.

La loi maintient les dispositions qui assurent à la personne la conservation de ses droits et devoirs de citoyen à l'issue des soins, sous réserve des dispositions relatives à la protection des majeurs inscrites aux sections I à IV du chapitre II du titre XI du livre premier du code civil (article L. 3211-5). En cas d'hospitalisation sans consentement, la personne soignée conserve son logement aussi longtemps qu'il reste à sa disposition, comme c'était le cas avec la loi de 1990 (article L. 3211-7). La personne soignée sans son consentement pourra être placée en curatelle ou en tutelle dans les conditions et selon les modalités prévues par le code civil (article L. 3211-8). Les dispositions relatives aux sorties d'essai disparaissent puisque la prise en charge incluant des soins ambulatoires, dispensés à domicile ou dans les structures de l'établissement de santé, devient le mode commun des soins psychiatriques forcés. Toutefois, les personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans leur consentement en hospitalisation peuvent bénéficier d'autorisations de sorties de l'établissement de courte durée n'excédant pas douze heures, pour motif thérapeutique ou si des démarches extérieures s'avèrent nécessaires (article L. 3211-11-1).

L'article L.3211-9 crée un collège composé de trois membres : un psychiatre participant à la prise en charge du patient, un psychiatre n'y participant pas et un représentant de l'équipe pluridisciplinaire participant à la prise en charge du patient. Le projet de loi désignait un cadre de santé en tant que troisième membre, ce qui conférait à ce collège un caractère administratif sans doute trop marqué et explique le choix d'un représentant de l'équipe pluridisciplinaire. Ce collège, sur convocation du directeur de l'établissement, est appelé à rendre un avis pour l'application des articles L. 3211-12, L. 3211-12-1, L. 3212-7, L. 3213-1, L. 3213-3 et L. 3213-8. Ces nouvelles dispositions témoignent indiscutablement d'un renforcement de l'avis hospitalier dans le sens d'une collaboration avec l'autorité publique chargée de la décision. Elles entendent également faire peser cet avis, en considération du danger potentiel de certaines personnes, auprès du juge des libertés et de la détention.

L'article L. 3211-12, dont les dispositions assurent la protection contre l'arbitraire, subit une importante modification. Aux termes du I de l'article L. 3211-12 : « *Le juge des libertés et de la détention dans le ressort duquel se situe l'établissement d'accueil peut être saisi, à tout moment, aux fins d'ordonner, à bref délai, la mainlevée immédiate d'une mesure de soins psychiatriques prononcée en application des chapitres II à IV du présent titre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale, quelle qu'en soit la forme.* » Cependant, le III du même article comporte un aménagement de la disposition en précisant, à propos de la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète, que « *Lorsqu'il ordonne cette mainlevée, il peut, au vu des éléments du dossier et par décision motivée, décider que la mainlevée prend effet dans un délai maximal de vingt-quatre heures afin qu'un programme de soins puisse, le cas échéant, être établi en application de l'article L. 3211-2-1. Dès l'établissement de ce programme ou à l'issue du délai mentionné à la phrase précédente, la mesure d'hospitalisation complète prend fin.* » Ce même aménagement se retrouve dans le cadre du contrôle de plein droit exercé par le juge des libertés et de la détention en application des exigences dégagées par le Conseil constitutionnel pour la prolongation de l'hospitalisation complète au-delà de quinze jours (article L. 3211-12-1). Autrement dit, le législateur offre au juge des libertés la possibilité de différer de vingt-quatre heures la prise d'effet de la mainlevée qu'il prononce en considération des éléments du dossier, de sorte à permettre à l'administration hospitalière d'établir un programme de soins en application de l'article L. 3211-2-1. Or, le pouvoir du juge judiciaire était jusqu'alors limité à une simple alternative : il pouvait décider la sortie immédiate de l'intéressé, mais il ne lui était pas possible d'ordonner une mesure intermédiaire. Il a été ainsi décidé que le juge judiciaire

¹⁷⁵ Marianne Moliner-Dubost, Le contrôleur général des lieux de privation de liberté, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, *AJDA* 2008, p. 84.

ne pouvait ordonner la mainlevée de l'hospitalisation tout en soumettant l'intéressé à une obligation de suivi définie par les experts¹⁷⁶. De son côté, le Tribunal des conflits a déclaré dans une décision du 30 mars 1992, Préfet d'Ille-et-Vilaine c/ Saulnier¹⁷⁷, que le président du TGI qui avait ordonné la sortie d'essai d'une personne hospitalisée avait méconnu le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, le préfet étant seul compétent pour prendre une telle décision.

La volonté du législateur est claire : offrir au juge une voie intermédiaire lui permettant de concilier le risque soutenu par le corps médical avec les droits du patient, la mesure non strictement privative de liberté apparaissant comme une solution équilibrée entre la protection de la société et celle des droits de la personne, ce qui revient à opter pour le contrôle sanitaire sous la forme des soins obligatoires en ambulatoire. Les nouvelles dispositions pourraient ainsi conduire le juge judiciaire à privilégier la voie du contrôle sanitaire de la personne au nom du risque. Le législateur semble avoir considéré que permettre au juge d'indiquer la forme que doit revêtir la prise en charge est servir l'intérêt du patient, car si le juge peut maintenir la personne en hospitalisation il doit pouvoir autoriser une sortie aménagée comportant une obligation de soins ambulatoires. La fonction de gardien de la liberté du juge judiciaire s'en trouve dénaturée. En effet, le droit de recours devant le juge judiciaire en vue d'obtenir la sortie immédiate dans les lois de 1838 et 1990 découlait d'une conception monolithique de la liberté – la jurisprudence précitée en témoigne. L'article L.3211-12, appelant le juge judiciaire à se prononcer sur la possibilité d'une liberté conditionnée, conduit en la matière à un effritement du concept de liberté et sans doute aussi du dualisme juridique. Les dispositions en cause dévoient la question qui doit être soumise au juge gardien de la liberté. Selon les dispositions législatives, la forme alternative à l'hospitalisation et l'hospitalisation elle-même sont équivalentes au plan thérapeutique, l'état de la personne devant seulement dicter la modalité la mieux adaptée. La question soumise au juge judiciaire aurait dû rester unique : c'est celle de savoir si la contrainte aux soins, quelle que soit sa forme, est justifiée.

B – Les admissions en soins psychiatriques sans consentement

La loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 maintient deux modes d'admission en soins psychiatriques sans le consentement de la personne.

1) L'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent

La procédure d'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent est insérée aux articles L3212-1 à L3212-12 qui constituent le chapitre II du titre Ier consacré aux modalités de soins psychiatriques au sein du livre II dédié à la lutte contre les maladies mentales dans la troisième partie du code de la santé publique. Avec la nouvelle procédure, le directeur de l'hôpital reste l'auteur de la décision, laquelle est fondée sur les critères qui étaient en vigueur précédemment : les troubles mentaux rendent impossible le consentement aux soins qu'ils nécessitent. L'article L3212-1 introduit ensuite une distinction pour faire place aux soins sous la forme alternative à l'hospitalisation : l'état mental de la personne impose des soins immédiats assortis soit d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète, soit d'une surveillance médicale régulière justifiant une prise en charge sous la forme mentionnée au 2° de l'article L.3211-2-1 (prise en charge qui inclut des soins ambulatoires). Le directeur est tenu aux vérifications qui étaient en vigueur sous la loi de 1990. La décision d'admission doit être accompagnée de deux certificats médicaux

¹⁷⁶ D. 1992, Jur. p. 498, note J. Massip.

¹⁷⁷ T. confl.. 30 mars 1992, Préfet d'Ille-et-Vilaine c/ Saulnier, D. 1992, IR p. 154.

circonstanciés datant de moins de quinze jours, dont le premier ne peut être établi par un médecin exerçant dans l'établissement qui accueille le malade, attestant que les conditions tenant à l'état du malade sont réunies (1° et 2° du I de l'article L.3212-1).

Au-delà des similitudes avec l'ancienne hospitalisation à la demande d'un tiers, le nouvel article L.3212-1 au 2° du II crée un mode d'admission pour tenir compte de l'absence de tiers ayant qualité pour agir dans l'intérêt du malade ou de la réticence des tiers à faire une demande de soins, alors qu'existe un péril imminent pour la santé de la personne dûment constaté par un certificat établi par un médecin qui ne peut exercer dans l'établissement qui l'accueille (2° du II de l'article L.3212-1). Le deuxième alinéa du 2° du II de l'article énonce : « *Dans ce cas, le directeur de l'établissement d'accueil informe, dans un délai de vingt-quatre heures sauf difficultés particulières, la famille de la personne qui fait l'objet de soins et, le cas échéant, la personne chargée de la protection juridique de l'intéressé ou, à défaut, toute personne justifiant de l'existence de relations avec la personne malade antérieures à l'admission en soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celle-ci.* » En outre, l'article L.3212-1 précise que les deux certificats établis durant la période d'observation doivent émaner de deux psychiatres distincts.

L'article L.3212-3 fixe la procédure en cas d'urgence, lorsqu'il existe un risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade. En ce cas, à titre exceptionnel, le directeur de l'établissement peut prononcer à la demande d'un tiers l'admission d'une personne malade au vu d'un seul certificat médical émanant, éventuellement, d'un médecin exerçant dans l'établissement. Comme dans le cas précédent, les certificats établis durant la période d'observation doivent être émis par deux psychiatres distincts.

Le législateur a tenu compte des exigences que le Conseil constitutionnel a dégagées dans sa décision du 26 novembre 2010¹⁷⁸ en matière de certificats médicaux. Notamment, l'exigence de certificats émanant de deux psychiatres distincts durant la période d'observation dans les cas de péril imminent ou de risque grave à l'intégrité du malade constitue une réelle garantie. Cependant le mode d'admission en cas de péril imminent pour la santé de la personne ne peut échapper à certaines critiques. L'on doit tout d'abord relever que les difficultés tenant à l'absence ou la réticence du tiers, souvent évoquées par le ministère de la santé comme par les établissements de santé, n'ont pas fait obstacle à une croissance importante et continue des hospitalisations contraintes sous l'application de la loi du 27 juin 1990. Cette procédure devrait résoudre la difficile question de la personne isolée ayant besoin de soins, le directeur de l'établissement étant tenu d'informer, dans un délai de vingt-quatre heures « *sauf difficultés particulières...prenant en charge la personne malade* ». En l'occurrence, la difficulté particulière étant de trouver un tiers ayant qualité pour agir dans l'intérêt de la personne, le délai de vingt-quatre heures ne sera pas souvent respecté et l'administration hospitalière mise à l'abri de tout reproche. L'intéressé, qui a pour seule garantie l'appréciation initiale d'un médecin extérieur à l'établissement d'accueil – car les avis de deux psychiatres distincts durant la phase d'observation restent l'avis hospitalier – bénéficie ensuite du seul regard institutionnel sur la validité de sa condition. Les dispositions du nouvel article L.3212-1 règlent du même coup la question de la réticence du tiers. Dès lors qu'un péril imminent pour la santé de la personne est certifié, l'administration n'a plus à recueillir la demande d'un tiers ayant qualité pour agir dans l'intérêt de la personne concernée. L'administration est simplement tenue d'informer la famille de la personne admise en soins sans consentement, éventuellement la personne chargée de sa protection juridique ou, à défaut, toute personne justifiant de relations pouvant lui donner qualité pour agir dans son intérêt. Et il appartiendra donc à un tiers ayant qualité pour agir de demander, éventuellement, la levée de la mesure en application de l'article L.3212-9. Toutefois, recueillir la demande d'un tiers avant la mesure n'est pas du tout la même chose que lui imposer de manifester son désaccord. On le sait, de nombreuses personnes seront embarrassées pour formaliser une demande de mainlevée de la mesure, qui réclame un argumentaire minimum. Il s'ensuit aussi que

¹⁷⁸ Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Melle S.

l'acquiescement du tiers est déduit de son défaut d'opposition, son accord implicite devant être interprété comme résultant de la réticence qu'il avait à faire une demande de soins pour son proche, puisque la nécessité de soins immédiats est médicalement certifiée. Cela est demander au droit de tirer bien des conséquences d'un simple silence. Ainsi donc une personne, qui n'a ni troublé gravement l'ordre public ni révélé de danger pour la sécurité publique, pourra-t-elle être contrainte à des soins psychiatriques, au seul motif de l'intérêt de sa santé, sans l'assentiment de ses proches, dont pourtant seule la volonté devrait pouvoir se substituer à la sienne conformément au principe qui a jusqu'alors prévalu de non immixtion de la puissance publique dans les affaires privées.

Il suffirait qu'une conception normalisatrice des conduites sociales se dégage de la pratique pour que ces dispositions participent au contrôle de populations dérangeantes.

En cas de péril imminent pour la santé de la personne, la loi efface le tiers sur la foi de la certification médicale de la nécessité de soins immédiats. Or, la pratique sous la loi de 1990, a révélé avec quelle facilité les acteurs pouvaient recourir à une procédure allégée. A l'analyse, le nouveau dispositif rapproche l'admission en soins en cas de péril imminent de l'admission en soins psychiatriques prononcée par l'autorité publique.

En outre, aux termes de l'article L3212-9, la levée de la mesure n'est plus de droit lorsqu'un tiers ayant qualité ou un proche la demande. Le directeur n'est pas tenu de faire droit à cette demande lorsqu'un certificat médical ou, en cas d'impossibilité d'examiner le patient, un avis médical établi par un psychiatre de l'établissement et datant de moins de vingt-quatre-heures atteste que l'arrêt des soins entraînerait un péril imminent pour la santé du patient. Le projet de loi justifiait cette modification en exposant qu'en dehors de la transformation en hospitalisation d'office, à la condition que les critères en soient remplis, la levée de la mesure était de droit même si le psychiatre estimait que la personne avait encore besoin de soins et « *qu'elle n'est toujours pas apte à y consentir* »¹⁷⁹.

Dans le cadre du 2° du II de l'article L.3212-1 ce mécanisme permettra de s'opposer à la demande du tiers que l'on n'a pu trouver lors de l'admission alors qu'un péril imminent menaçait la santé du patient. Encore aurait-il été bienvenu de préciser les contours de ce danger qualifié de péril imminent.

Dans le cadre du 1° du II de l'article L.3212-1, la mise en œuvre de l'obligation de soins demandée par un tiers ou un proche a pour effet de transférer au médecin le pouvoir de s'opposer à la volonté de ce même tiers. Autrement dit, ce tiers ayant qualité pour agir, dont l'implication révèle l'intérêt qu'il manifeste pour la personne soignée, ne serait raisonnable et éclairé que lorsqu'il fait la demande de soins. Et le médecin serait seul à même de dire l'état de santé attendu qui serait compatible avec les relations que le malade entretient avec sa famille et son environnement social. Cependant, la loi n'avait jusqu'alors jamais exigé de retenir l'acceptation des soins par le malade comme terme de la mesure contraignante. Effectivement, cette acceptation signerait une évolution des plus favorables, et en partie la guérison. Mais la loi n'a jamais exigé la guérison pour autoriser la sortie des soins hospitaliers, peut-être d'ailleurs parce que l'on trouvera toujours des psychiatres pour attester d'une évolution favorable, de la disparition des troubles, mais que l'on en trouvera point pour certifier de la guérison. Mais aussi et surtout parce que les soins psychiatriques prodigués à une personne, qui ne menace pas la sécurité publique et ne trouble pas de façon grave l'ordre public, ont toujours relevé de l'initiative privée. Cette modification de l'article L3212-9 est d'autant plus critiquable que la formulation de la disposition peut faire douter de l'intention qui l'étaie. En effet, l'hypothèse de l'impossibilité d'examiner le patient donnant lieu à un avis médical, sur la base duquel le chef de l'établissement peut refuser la levée de la mesure de soins, suppose l'impossibilité matérielle, un certain éloignement, une forme de prise en charge comportant des soins ambulatoires. Lorsqu'il y a une telle impossibilité, on peut donc raisonnablement se demander si le maintien d'une mesure de ce type est proportionné et adapté à l'état de santé du patient lorsqu'un péril imminent est invoqué.

¹⁷⁹ Projet de loi n° 2494, p. 10 -11

2) L'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État

Les dispositions relatives à l'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État constituent le chapitre III du titre 1^{er} du livre II de la troisième partie du code de la santé publique.

L'article L3213-1 dispose en son 1^{er} alinéa : « *Le représentant de l'État dans le département prononce par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié ne pouvant émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil, l'admission en soins psychiatriques des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public. Les arrêtés préfectoraux sont motivés et énoncent avec précision les circonstances qui ont rendu l'admission en soins nécessaire. Ils désignent l'établissement mentionné à l'article L3222-1 qui assure la prise en charge de la personne malade.* »

La nouvelle procédure d'admission en soins psychiatriques sans consentement sur décision de l'autorité publique (article L3213-1) renvoie ensuite aux articles L.3211-2-1 et L.3211-2-2 : comme pour l'admission en soins sur la demande d'un tiers, l'admission en soins sans leur consentement des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public débute par une période d'observation. À l'issue de cette période de soixante douze heures au plus, la personne est prise en charge soit sous la forme d'une hospitalisation complète, soit sous une forme incluant des soins ambulatoires pouvant comporter des soins à domicile et le cas échéant des séjours en établissement. Le directeur de l'hôpital transmet sans délai les deux certificats de la période d'observation (article L3211-2-2) au préfet et à la commission départementale des soins psychiatriques. À compter de la réception du second certificat établi lors de la période d'observation, le représentant de l'État dans le département est tenu de décider de la forme de la prise en charge prévue à l'article L3211-2-1 dans un délai de trois jours francs. L'intéressé peut donc être retenu en hospitalisation complète durant six jours avant qu'une décision portant mise en œuvre du programme de soins établi par le psychiatre soit éventuellement prise.

L'article L3213-2 conserve la procédure d'urgence en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes telle qu'elle existait sous la loi de 1990. La mesure prise par le maire et, à Paris, par les commissaires de police, est un arrêté d'admission en soins psychiatriques dans les formes prévues à l'article L3213-1. Faute de décision du préfet, la mesure provisoire est caduque au terme d'une durée de quarante-huit heures. La période d'observation et de soins initiale prend effet dès l'entrée en vigueur de la mesure provisoire.

Concernant le rythme des certificats médicaux destinés au suivi (article L3213-3), après le cinquième jour et au plus tard le huitième jour dans le mois qui suit la décision initiale d'admission en soins psychiatriques (I de l'article L3213-1) ou la mesure provisoire de l'article L3213-2, et ensuite au moins tous les mois, la personne malade est examinée par le psychiatre qui établit un certificat médical circonstancié qui confirme ou infirme les observations contenues dans les certificats précédents, précise les caractéristiques de l'évolution des troubles ou leur disparition. Le certificat précise si la forme de la prise en charge du malade demeure adaptée et, le cas échéant, en propose une nouvelle. S'il ne peut être procédé à l'examen de la personne un avis médical est établi sur la base du dossier médical du patient. Les copies de ces certificats et avis sont adressés sans délai par le directeur de l'établissement au représentant de l'État dans le département et à la commission départementale des soins psychiatriques. Une copie du certificat établi après le cinquième jour et au plus tard le huitième jour qui suit la décision initiale est adressée au juge des libertés et de la détention lorsque la personne est prise en charge en hospitalisation complète. Au vu de ces certificats le représentant de l'État dans le département peut décider de modifier la prise en charge de la personne malade. Dans les trois derniers jours du premier mois suivant la décision d'admission initiale le représentant de l'État dans le département peut prononcer le maintien de la mesure de soins au vu du certificat de l'article L3213-3 pour une nouvelle durée de trois

mois. À l'issue de cette période, la mesure de soins peut être maintenue pour des périodes maximales de six mois renouvelables selon les mêmes modalités (L3213-4). En outre, le représentant de l'État dans le département peut mettre fin à tout moment à la mesure de soins après avis d'un psychiatre participant à la prise en charge du patient attestant que cette mesure n'est plus justifiée, ou sur proposition de la commission départementale des soins psychiatriques.

Mais la nouvelle procédure d'admission sur décision du représentant de l'État renforce l'avis hospitalier et les pouvoirs de l'autorité publique, notamment pour contrôler les indications de la levée de la mesure d'obligation de soins à l'égard de certains patients.

Un régime de soins spécifique est créé pour les personnes dont l'hospitalisation a été ordonnée en application des articles L3213-7 du code de la santé publique ou 706-135 du code de procédure pénale, où qui ont déjà fait l'objet d'une telle mesure. Sont de même concernées par ce régime les personnes qui font ou ont déjà fait l'objet d'une hospitalisation, pendant une durée déterminée par décret en Conseil d'État, dans une unité pour malades difficiles mentionnée à l'article L3222-3 du code de la santé publique. Lorsque le dossier médical révèle que la personne fait ou a fait l'objet de l'une des mesures précitées, le psychiatre qui participe à la prise en charge est tenu d'informer le directeur de l'établissement d'accueil qui transmet sans délai l'information au représentant de l'État dans le département - sauf si les mesures de soins en cause ont pris fin depuis au moins dix ans. À l'égard de ces personnes, le préfet ne peut décider une prise en charge sous une autre forme que l'hospitalisation complète qu'après avoir recueilli l'avis du collègue mentionné à l'article L3211-9. C'est dire que l'hospitalisation à temps plein est le mode commun de prise en charge de ces patients (III de l'article L3213-1).

À l'égard de ces mêmes personnes, le représentant de l'État dans le département ne peut décider de mettre fin à la mesure de soins psychiatriques qu'après avis du collègue de l'article L3211-9 et qu'après avis concordants sur l'état mental du patient émis par deux psychiatres choisis dans les conditions fixées à l'article L3213-5-1 (articles L3213-8). L'ancien article L3213-8, pour les personnes hospitalisées en application de l'article L3213-7, soumettait la décision du préfet aux seuls avis concordants de deux psychiatres résultant de deux examens séparés établissant que la personne ne présentait plus de danger ni pour elle-même ni pour autrui. Les nouvelles dispositions étendent le contrôle renforcé des indications de sortie de la mesure aux personnes séjournant ou ayant séjourné dans une unité pour malades difficiles pendant une durée déterminée.

L'article L3213-5-1 donne au représentant de l'État le pouvoir d'ordonner à tout moment l'expertise psychiatrique des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques en raison de troubles mentaux visés à l'article L3213-1, de celles hospitalisées par décision judiciaire (article 706-135 du code de procédure pénale) ou encore des détenus hospitalisés. L'expertise permet de contrôler les indications de sortie de la mesure lorsque le psychiatre qui assume la prise en charge du patient atteste que les conditions ayant justifié la mesure de soins en application de l'article L.3213-1 ne sont plus réunies (article L.3213-5). Le délai de trois jours francs imparti au représentant de l'État pour statuer à compter de la réception du certificat médical est alors prolongé d'une durée qui ne peut excéder quatorze jours à compter de la décision préfectorale ordonnant l'expertise (article L3213-5). Si le représentant de l'État n'ordonne pas la levée de la mesure d'hospitalisation complète, il en informe le directeur de l'établissement qui saisit le juge des libertés et de la détention afin qu'il statue à bref délai sur cette mesure dans les conditions prévues à l'article L3211-12. Le directeur de l'établissement demande immédiatement l'examen du patient par un deuxième psychiatre dont l'avis doit être rendu dans un délai maximal de soixante-douze heures après la décision de refus du représentant de l'État (article L3213-9-1). Si ce deuxième avis confirme l'absence de nécessité de l'hospitalisation complète, le représentant de l'État est tenu d'ordonner soit la mainlevée de la mesure, soit la mise en place d'une mesure de soins mentionnée au 2° de l'article L3211-2-1.

L'article L3213-6 prévoit la transformation d'une mesure de soins psychiatriques prise en application de l'article L3212-1 en une mesure de soins de l'article L3213-1, dès lors qu'un psychiatre de l'établissement atteste par certificat, ou avis sur la base du dossier médical, que l'état mental de la personne nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public. Cette transformation était prévue sous la loi de 1990, mais les nouvelles dispositions semblent la faciliter dès lors qu'une mesure alternative à l'hospitalisation pourra remplacer une mesure de même type et que la modalité comportant des soins ambulatoires devrait être perçue comme une mesure conciliatrice moins attentatoire aux libertés.

Enfin, l'article 7 de la loi complète le titre 1^{er} du livre II de la troisième partie du Code de la santé publique d'un chapitre VI relatif au contentieux, constitué d'un seul article. L'article L.3216-1 réalise l'unification des compétences contentieuses en matière de soins psychiatriques au profit du juge judiciaire. Toutefois, l'entrée en vigueur de cet article a été fixée au 1^{er} janvier 2013, la juridiction administrative restant compétente pour connaître des recours dont elle aura été saisie avant cette date. Cette unification était souhaitée par une partie de la doctrine depuis longtemps, elle n'était pas prévue dans le projet de loi. Le législateur a sans doute voulu mettre le droit français en conformité avec une récente décision de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit du requérant à un recours effectif contre la mesure privative de liberté¹⁸⁰. Toutefois, la Cour européenne, jugeant que « *l'articulation entre la compétence du juge judiciaire et celle du juge administratif quant aux voies de recours offertes n'a pas permis au requérant d'obtenir une décision d'un tribunal pouvant statuer « sur la légalité de sa détention et ordonner sa libération si la détention est illégale » »* (§ 108), avait pris le soin de préciser que sa décision intervenait dans les circonstances très particulières de l'espèce. Il semble alors qu'était plus en cause l'interprétation que le juge judiciaire avait donnée de sa compétence que le dualisme juridictionnel français. La loi n°2011-803 clôt le débat sur le dualisme juridictionnel. Cependant, elle ne résout pas la difficulté substantielle – parce qu'elle semble irréductible – qui tient dans la discordance qui pourra toujours exister entre la régularité et le bien-fondé de la mesure de soins. Or, c'est aussi au regard de cette difficulté que le dualisme juridictionnel puisait sa raison d'être.

Assurément le législateur a tenu la forme de prise en charge incluant des soins psychiatriques ambulatoires comme une forme mineure de contrainte. En toutes hypothèses, dans le cadre des soins sur décision du représentant de l'État, l'autorité publique peut maintenir les soins sous la forme incluant des soins ambulatoires après la levée de la mesure d'hospitalisation complète. La loi instaure un mécanisme qui incite le juge à opter pour le maintien de soins ambulatoires lorsque l'hospitalisation n'apparaît pas ou plus justifiée. Le statut du malade est diversifié, l'avis hospitalier est renforcé et la sortie de la mesure de soins rendue plus difficile.

Dans le cadre de l'admission en soins psychiatriques en cas de péril imminent pour la santé du patient, l'administration peut imposer des soins sans l'assentiment de la famille ou d'un tiers ayant qualité ; mieux, elle peut désormais s'opposer à leur demande tendant à la levée de la mesure. S'agissant d'une personne ne présentant pas de danger pour l'ordre et la sécurité publics, le pouvoir d'ingérence accordé à l'administration paraît excessif au regard de la protection due à la liberté individuelle, et du droit à la protection de la santé individuelle que l'on ne peut détacher du concept de droit-liberté.

La loi n°2011-803 du 5 juillet 2011 instaure un dispositif complexe, qui réclame d'importants moyens des hôpitaux et de l'administration judiciaire. Certes, les mesures d'hospitalisation complète bénéficient désormais du contrôle exercé par le juge des libertés et de la détention. Elles devraient être moins nombreuses, pas tant en raison du nouveau contrôle de plein droit exercé par le juge d'ailleurs, mais parce que tel est bien l'objectif de la loi. En effet, l'obligation de soins sous la forme ambulatoire devient le mode commun de prise en charge. Les nouvelles dispositions devraient étendre la contrainte psychiatrique dès lors que des soins peuvent être imposés par l'administration

¹⁸⁰ Arrêt CEDH 5^e section, 18 novembre 2010, Baudoin c/ France, requête n° 35935/03 ; *AJDA 2010*, Hospitalisation d'office : la séparation des juridictions viole le droit au recours effectif, p. 2239.

dans l'intérêt de la santé de la personne, sans demande de soins et en l'absence de menace pour l'ordre et la sécurité publics. Elles devraient également soulever de nombreuses difficultés pratiques. L'on doit bien évidemment regretter que cette loi n'ait pas été soumise au contrôle de constitutionnalité. Un espoir tient toutefois dans la perspective de son amendement par le biais des questions prioritaires de constitutionnalité, que son application ne devrait pas manquer de susciter.



TABLE DES MATIÈRES

● Le CRA chemin faisant	
par Jean-Marie PONTIER.....	1
● Droit à la santé, peurs et finances publiques	
par Jean-Marie PONTIER.....	3
● Le service public et la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} aout 2001	
par Michel RODRIGUEZ.....	23
● La réforme des soins psychiatriques sous contrainte et le trouble des droits et libertés fondamentaux	
par Jean-Louis GAUTIER	39
● Table des matières.....	73