

Hospitalisation forcée et droits du malade mental : étude de droit international et de droit comparé

BINO, Maria Antonella

Reference

BINO, Maria Antonella. *Hospitalisation forcée et droits du malade mental : étude de droit international et de droit comparé*. Genève : Schulthess, 2006, 488 p.

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:81751>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Maria-Antonella Bino

Hospitalisation forcée et droits du malade mental

Etude de droit international
et de droit comparé

Faculté de droit
de Genève

Schulthess §


Collection
Genevoise

Maria-Antonella Bino

Hospitalisation forcée et droits du malade mental



Faculté de droit de Genève

Maria-Antonella Bino

Hospitalisation forcée et droits du malade mental

Etude de droit international
et de droit comparé

Schulthess § 2006

Thèse n° 767 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2006
ISBN 3 7255 5188 X

www.schulthess.com

«Les fous sont en face les uns des autres; ils entendent les chaînes bruyantes de ceux qui sont parvenus à la dernière période du mal; cette perspective cruelle semble leur annoncer le sort qui les attend. Il sera bien difficile de tenter des guérisons avec succès tant que les circonstances extérieures excitent l'imagination et abattent l'âme du malade. Le local ne permet d'ailleurs aucune promenade; la salle des fous est un sépulcre ouvert dont ils ne sortent guère que pour aller au bain ou au cimetière» (Rapport sur la salle des fous de l'hôpital de Strasbourg, publié en mars 1791).

«The only freedom which deserves the name is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it. Each is the proper guardian of his own health, whether bodily or mental and spiritual. Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seems good to themselves, than by compelling each other to live as seem good to the rest» (John Stuart MILL, Essay On Liberty, 1859).

«Le droit n'invente rien; il codifie une vision du monde au fur et à mesure de sa rencontre avec le réel» (Philippe DELMAS, Le maître des Horloges).

*A Michael,
Joachim,
Mathias
et Guillaume*

Remerciements

Je souhaite adresser ma vive reconnaissance à celles et ceux dont le soutien et les conseils lors de l'élaboration de ce travail ont été irremplaçables.

Je remercie en premier lieu mes parents qui me guident et m'encouragent depuis toujours ; grâce à eux, j'ai appris notamment la persévérance et la rigueur de l'esprit.

Je manifeste ensuite ma gratitude à Michael qui, par son aide généreuse, sa patience et son enthousiasme, a su m'entourer des conditions indispensables pour mener à bonne fin la rédaction de cet ouvrage.

Comment remercier également le Professeur Giorgio Malinverni, qui m'a fait l'honneur de sa confiance tout le long de ces années. En sus d'une excellente formation, je lui suis redevable du sujet de cette thèse qu'il a dirigée avec la maîtrise et l'acuité intellectuelle qui lui sont propres.

Je sais gré aussi aux Professeurs Dominique Manaï, Olivier Guillod et Michel Hottelier d'avoir accepté d'être membres du Jury et d'avoir, par leurs remarques et critiques pertinentes, enrichi le texte définitif de cet écrit.

Ma sincère reconnaissance va encore au Secrétaire général du Tribunal fédéral Paul Tschümperlin qui m'a aimablement autorisé l'accès à la bibliothèque et à la dernière jurisprudence topique de notre Cour suprême pour parfaire mes recherches.

Et, enfin, une pensée toute particulière est adressée à mes amis qui m'ont soutenue et appuyée à chaque instant. Nulle formule ne pourra exprimer à quel point j'étais sensible à leur dévouement amical.

Genève, le 17 mai 2006

Préface

En retenant, comme sujet pour sa thèse de doctorat, le thème de l'hospitalisation forcée des malades mentaux et de leurs droits, Madame Antonella BINO n'a certes pas choisi la voie de la facilité, et ceci pour plusieurs raisons.

D'abord, une bonne appréhension du sujet suppose une connaissance approfondie de la notion de malade mental. Ici, le juriste doit par la force des choses avoir recours à des concepts médicaux, voire psychiatriques, avec lesquels il n'est de prime abord pas familier. Mais – *ex factis jus oritur* – une bonne compréhension de ces concepts est une condition préalable et indispensable aux solutions que le droit doit donner au problème de l'hospitalisation forcée des malades mentaux.

L'un des mérites de Madame Bino est donc celui de s'être aventurée dans un domaine totalement inconnu pour elle au départ, et de l'avoir parfaitement maîtrisé, dans la première partie de sa thèse, consacrée précisément à la notion de malade mental. L'auteure consacre près de quatre-vingts pages à l'analyse de l'évolution historique de la notion de malade mental, ainsi qu'aux notions médicale, criminologique et juridique. Elle compare les notions de dément, d'aliéné, de malade mental, de handicapé mental, les définitions qui sont données de ces concepts dans les ordres juridiques nationaux et en droit international, les critères à prendre en compte selon que la personne malade est délinquante ou non. Elle arrive à la conclusion très juste que l'expression «malade mental» est probablement la plus appropriée, car «elle souligne le besoin du malade mental d'être soigné et réintégré dans la société et elle symbolise l'intégration progressive des régimes pénaux et sanitaires» (p. 95).

C'est sur ces fondements scientifiques solidement établis que Madame Bino va construire l'édifice du statut juridique du malade mental.

L'hospitalisation forcée constitue une privation de liberté au sens de l'art. 5 CEDH. L'auteure se livre alors à une étude approfondie de cette disposition conventionnelle et de la jurisprudence qui la concrétise. Toutefois – et c'est ici le deuxième mérite de cette thèse – l'auteure ne se limite pas à cette analyse. Comme l'indique le sous-titre de l'ouvrage, celui-ci se veut une étude de droit international et de droit comparé. L'auteure s'est ainsi lancée avec audace dans l'étude de la législation et de la jurisprudence de nombreux pays, non seulement européens, le critère de ses choix étant celui des solutions les plus progressistes. Les recherches entreprises par Madame Bino sont à cet égard tout simplement impressionnantes et se traduisent par un nombre encyclopédique de références et de notes de bas de pages, qui rendent compte des solutions les plus variées, au niveau national aussi bien qu'international, du droit positif que la «soft law».

Les problèmes juridiques se posent bien évidemment sous un jour totalement différent selon que l'hospitalisation est volontaire ou involontaire. Dans cette dernière hypothèse, la privation de liberté doit respecter strictement les conditions posées par l'art. 5 al. 1 CEDH, en particulier celles de la légalité et de la régularité. A la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'elle analyse de manière exhaustive, Madame Bino passe alors en revue toute une série de problèmes qui revêtent tous une importance capitale: quelle doit être l'autorité compétente pour ordonner une hospitalisation? Qui doit établir l'existence d'un trouble mental? Quelle doit être l'ampleur de ce trouble pour justifier un internement? Compte tenu des abus auxquels peut donner lieu l'internement psychiatrique, l'auteure affirme avec force «qu'aucun individu ne peut être placé d'office sans qu'un trouble mental grave, le rendant dangereux pour lui-même ou pour autrui, n'ait été diagnostiqué avec une certitude objective» (p. 237).

L'art. 5 CEDH, et les dispositions équivalentes (art. 31 Cst., art. 9 Pacte II), ne se limitent pas à interdire les privations arbitraires de liberté. Ils consacrent également le droit, pour les victimes, de saisir un tribunal afin que celui-ci statue sur la légalité de la détention. C'est dans cette logique que Madame Bino consacre la troisième partie de sa thèse aux droits procéduraux du malade mental hospitalisé. Comme les précédentes, cette partie de la thèse se caractérise par la minutie avec laquelle Madame Bino examine toutes les hypothèses susceptibles de se présenter: recours contre la décision initiale d'hospitalisation et contrôle périodique de celle-ci; recours en cas de placement de durée limitée ou de durée illimitée; cas des malades mentaux délinquants, des récidivistes, droit d'accès au dossier médical, droit à une contre-expertise, etc. Rien ne semble avoir échappé à la perspicacité de Madame Bino, qui analyse avec finesse tous les cas qui peuvent se présenter au juge appelé à statuer sur des demandes de libération.

Seul un chercheur de très grande qualité, alliant une connaissance approfondie des rouages du droit à une très fine connaissance de la jurisprudence, et sachant combiner la rigueur de l'analyse avec l'indépendance d'esprit et l'originalité de la pensée pouvait mener à chef une entreprise aussi ambitieuse que l'étude du statut juridique du malade mental hospitalisé et de ses droits.

Madame Bino y est pleinement parvenue. Elle nous livre une contribution doctrinale de première importance, menée avec une très grande rigueur scientifique. Le lecteur appréciera la qualité de sa démarche, l'abondance des références et de la documentation, la finesse de ses analyses, la clarté des propos et les conclusions nuancées auxquelles elle parvient. Il convient de la remercier pour l'énorme travail qu'elle a accompli, et de la féliciter, comme l'a fait le jury de thèse, qui lui a attribué les plus hautes distinctions.

Giorgio Malinverni, Professeur à l'Université de Genève

Table des matières

Abréviations	XIX
Introduction générale	1
Première partie La notion de «malade mental»	9
Introduction	11
A. La notion de «malade mental» dans l'histoire	12
a) L'origine étymologique du terme «aliéné»	12
b) L'évolution historique	13
B. La notion médicale	19
a) La classification	19
b) Les critiques	23
1) L'inexactitude de la classification	24
2) La négation de la maladie mentale	25
c) La notion de la psychiatrie moderne	28
C. La notion criminologique	33
D. La notion juridique	37
a) La délimitation du sujet	37
b) Dément, aliéné, malade mental, handicapé mental: une évolution	40
1) Dément et aliéné	40
i) Dément: le système pénal	41
ii) Aliéné: le système de santé mentale	42
iii) L'intégration progressive des deux systèmes	44
2) Malade mental: un terme symbole d'intégration et de modernité	47
3) Handicapé mental: un terme encore trop imprécis	48
c) Le droit confronté à la recherche d'une définition de la notion de «malade mental»	52
1) L'évolution incessante de la notion de «malade mental»	53
2) Les textes nationaux	54
3) Les textes internationaux	57
i) Le malade mental non délinquant	57

i.a)	Personne atteinte de troubles mentaux	57
i.b)	Personne atteinte de maladie mentale	60
i.c)	Patient	62
ii)	Le malade mental délinquant	64
ii.a)	Détenu aliéné et anormal mental	64
ii.b)	Délinquant de droit commun	65
d)	Les critères essentiels de la notion «juridique» de malade mental	66
1)	Le critère sociologique	67
i)	Le critère politique	70
ii)	Le critère moral	72
2)	Le critère de dangerosité	75
i)	Le danger du malade mental non délinquant: son objet et sa nature	76
i.a)	L'objet du danger	77
i.b)	La nature du danger	81
ii)	Le danger du malade mental délinquant: son objet et sa nature	84
ii.a)	L'objet du danger	84
ii.b)	La nature du danger	85
iii)	Les critiques à l'encontre du critère de dangerosité	89
	Conclusion	95
	Deuxième partie La privation de liberté du malade mental: formes et conditions	97
	Introduction	99
A.	En général	100
a)	La notion de privation de liberté	101
b)	Les conditions de privation de liberté	103
1)	Le respect du droit à la sûreté	103
2)	Les autres conditions	104
B.	Le champ d'application de l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH	106
a)	Les catégories de l'art. 5 al. 1 CEDH	106
b)	La détention d'un «aliéné»	110
1)	L'hospitalisation involontaire	110
i)	La procédure administrative	112
ii)	La procédure pénale	112

2) L'hospitalisation volontaire	113
i) Une tentative de définition	114
ii) La portée de la jurisprudence Nielsen c. Danemark	116
iii) L'hospitalisation volontaire proprement dite	121
3) L'hospitalisation dans un établissement psychiatrique privé	125
4) Les services psychiatriques ouverts	130
i) Les origines	130
ii) Mesure privative de liberté ou simple restriction?	137
C. Les conditions de privation de liberté	147
a) L'«aliéné» de la let. e) de l'art. 5 CEDH	147
1) Notion autonome ou notion absente?	148
2) La casuistique «strasbourgeoise»	150
b) Légalité et régularité: les dénominateurs communs minimaux	152
1) Le respect des voies légales internes	153
i) La «qualité» du droit national	154
ii) L'autorité nationale compétente pour ordonner la privation de liberté	155
iii) La portée du contrôle conventionnel	158
iii.a) L'erreur de droit	159
iii.b) Le caractère subsidiaire du grief du non-respect des voies légales internes	162
2) L'exigence de régularité	171
i) L'existence d'un trouble mental	174
i.a) L'autorité nationale compétente	174
i.b) L'expertise médicale objective: le pivot du système	175
i.b.a) La qualité objective de l'expertise	176
i.b.b) Les principes d'indépendance et d'impartialité	183
i.b.c) L'expert et le juge	185
i.b.d) Un survol récapitulatif de droit comparé	188
ii) L'ampleur du trouble mental	191
iii) La persistance du trouble mental	197
iv) L'adéquation du lieu de placement	204
iv.a) La jurisprudence Ashingdane c. Royaume-Uni et son évolution	204
iv.b) L'application de l'art. 3 CEDH	210
iv.c) Quelques solutions nationales	214

c)	Les modalités particulières de certains placements	216
1)	Le placement d'un délinquant malade mental: quid de la base légale?	216
2)	Le placement du délinquant d'habitude ou du récidiviste et la notion du lien causal formel	220
3)	Le placement d'urgence	227
4)	Le placement en vue d'observation	234
	Conclusion	237
Troisième partie	Les droits procéduraux du malade mental privé de liberté	239
	Introduction	241
A.	Le droit de recours juridictionnel	242
a)	Généralités	243
b)	Champ d'application	245
1)	Titularité	245
2)	L'«intérêt actuel» à l'introduction du recours	248
3)	L'hospitalisation à la demande de tiers	250
4)	L'hospitalisation de courte durée	252
c)	Le droit de recours juridictionnel et ses limites	254
1)	Le recours contre la décision initiale d'hospitalisation	254
i)	L'exception du «contrôle incorporé» et ses critiques	255
ii)	Le double degré de juridiction, un remède?	260
2)	Le contrôle périodique de l'hospitalisation	265
i)	Le principe	265
ii)	Le placement de durée limitée	268
iii)	Le placement de durée illimitée	272
iv)	L'intervalle raisonnable	273
v)	Malades mentaux délinquants, récidivistes, délinquants d'habitude: une exception?	278
v.a)	Les malades mentaux délinquants	278
v.b)	Les récidivistes et les délinquants d'habitude	279
d)	L'impératif d'«efficacité» du contrôle juridictionnel	291
1)	La portée du contrôle judiciaire de la légalité	291
i)	Toute la légalité	292
ii)	Rien que la légalité	295

2) Le «bref délai» pour statuer	302
i) La période à prendre en considération	302
ii) Les critères	306
iii) Un bref aperçu de la casuistique	311
3) La cariatide de l'architecture juridictionnelle: la notion de «tribunal»	316
i) Le critère fonctionnel	317
i.a) Indépendance et impartialité	317
i.a.a) Le critère d'indépendance	320
i.a.b) Le critère d'impartialité	322
i.a.c) Les tribunaux mixtes	324
i.a.d) Les commissions psychiatriques consultatives	328
i.b) Le pouvoir «libératoire»	331
ii) Le critère qualitatif	337
B. Les garanties procédurales	341
a) Les garanties procédurales essentielles	341
1) Le droit d'accès à un tribunal	342
2) Le droit d'être entendu	344
i) Comparution personnelle ou représentation?	345
i.a) Le malade mental non délinquant	346
i.b) Le malade mental délinquant	352
i.c) L'«exception thérapeutique»	353
i.d) L'enfant malade mental	355
ii) Le droit d'accès au dossier médical	358
ii.a) La portée du droit d'accès au dossier médical et ses limites	360
ii.b) L'accès au dossier médical en dehors de tout contentieux	363
iii) Le droit de contredire «les constatations médicales» à charge	365
iii.a) Le droit à une contre-expertise	366
iii.b) Le droit de convoquer des experts à décharge	368
iii.c) Le droit d'être confronté aux experts à charge	371
3) Le droit d'être assisté par un avocat	374
i) La portée du droit d'être assisté par un avocat et ses limites	375
ii) Les obligations à la charge des Etats	379

b) Les «autres» droits	383
1) Le droit d'être présumé sain d'esprit	383
2) Le droit à un conseiller accompagnant	387
3) Le droit au «huis clos»	391
c) Le droit d'être informé	392
1) Sur l'hospitalisation	393
i) La jurisprudence Van der Leer c. Pays-Bas et la consécration du droit du malade mental d'être informé sur son hospitalisation	393
ii) Les modalités de transmission de l'information	395
ii.a) Le moment de l'information	396
ii.b) Le contenu de l'information	400
ii.c) La forme de l'information	402
ii.d) L'intelligibilité de l'information	404
iii) Le droit d'obtenir une décision motivée	405
2) Sur l'ensemble des droits garantis	407
C. Les autres voies de droit	413
a) Quid de l'application de l'art. 6 CEDH?	413
b) Le droit de plainte ou le droit à un «recours effectif»	416
c) Le droit à réparation	420
Conclusion	431
Conclusion générale	433
Bibliographie	441
Liste des principaux arrêts cités	481

Abréviations

AJP	Aktuelle juristische Praxis
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
CADH	Convention américaine relative aux droits de l'homme
CCS	Code civil suisse
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Coll. Déc.	Commission européenne des droits de l'homme, Collection des décisions
Comm.	Communication du Comité des droits de l'homme du Pacte international relatif aux droits civils et politiques
CPS	Code pénal suisse
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
Cst	Constitution suisse
DR	Commission européenne des droits de l'homme, décisions et rapports
EJHL	European Journal of Health Law
FF	Feuille fédérale suisse
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRQ	Human Rights Law Quarterly
JT	Journal des tribunaux
M & H	Médecine et Hygiène
MHRT	Tribunal de révision des affaires de santé mentale (Mental Health Review Tribunal)
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
ONU	Organisation des Nations Unies
Pacte II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
RILS	Recueil international de législation sanitaire
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique des lois fédérales suisses
RSG	Recueil systématique de la législation genevoise
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
SJ	Semaine judiciaire
TF	Tribunal fédéral suisse

Introduction générale

Victime durant des années d'exclusion et de ségrégation, le malade mental devient un patient à part entière, au bénéfice des mêmes droits, ou même de davantage de droits, que le patient ordinaire. Cette révolution a démarré brusquement, notamment suite à la découverte des abus cautionnés par la psychiatrie durant la première moitié de XX^e siècle ainsi qu'au mouvement des antipsychiatries. La psychiatrie contemporaine a redressé le tir en établissant les critères pour l'élaboration d'un diagnostic objectif, propre à réduire le plus possible la marge d'erreur et le risque d'abus. L'éthique psychiatrique pose les règles nécessaires afin de transformer l'ancien rapport hiérarchique existant entre le psychiatre et son patient selon lequel celui-ci devait se soumettre à la volonté du premier, en une relation de partenariat dans laquelle le patient est associé dans la mesure du possible au traitement proposé. La diminution du nombre d'hospitalisations au profit de mesures moins contraignantes et thérapeutiquement plus adaptées en est le corollaire. A cela s'ajoute une véritable vulgarisation de la maladie mentale qui est assimilée à une affection ordinaire et considérée comme un signe d'un mal être psychique grave dont les causes sont nombreuses¹.

La conception moderne de la maladie mentale et de son traitement influence la façon dont le droit, national et international, régit l'hospitalisation des malades mentaux. La notion «juridique» de malade mental se précise. Le but du droit n'est pas de définir ce qu'est une maladie mentale. Cette tâche incombe à la psychiatrie. Le droit doit tenir compte des effets juridiques du diagnostic de maladie mentale. Il doit protéger les malades, soit en prévenant tout risque de pratique psychiatrique abusive, soit en garantissant les droits de ceux qui font l'objet d'une hospitalisation justifiée. Pour atteindre ce but, le simple renvoi aux critères médicaux est nécessaire sans être, toutefois, suffisant. En particulier, les comportements qui s'écartent des normes morales ou sociales prédominantes dans une société donnée ne doivent pas en tant que tels être considérés comme une maladie mentale. Ils ne sauraient justifier une hospitalisation forcée, à savoir une mesure privative de liberté fondée sur l'état mental d'une personne et décidée par une autorité administrative ou judiciaire.

Le recours au placement forcé et au critère de dangerosité devient plus respectueux des principes fondamentaux de l'Etat de droit. De nos jours, seul

¹ Une des conséquences de cette vulgarisation réside dans le nombre croissant des malades mentaux, ou à tout le moins des personnes souffrant de troubles psychiques qui, sans atteindre la gravité justifiant une hospitalisation forcée, demandent à être prises en charge par du personnel spécialisé. A cet égard, Dossier, Genève: La république des psy, L'Hebdo, 30 janvier 1997, pp. 5-15.

un danger d'une certaine gravité peut justifier l'internement. Il s'agit là de l'expression du principe de la proportionnalité selon lequel l'hospitalisation d'un malade mental, au seul motif qu'il chante la nuit dans son appartement, pourrait ne pas être proportionnée. En revanche, l'internement d'office d'un malade mental qui menace de tuer son voisin pourrait se révéler adéquat, voire nécessaire. La jurisprudence strasbourgeoise a consacré, d'ailleurs, le principe minimaliste selon lequel une expertise médicale objective doit établir de manière probante l'aliénation ainsi que la gravité légitimant l'internement, lequel doit avoir lieu dans un établissement approprié et ne peut se prolonger qu'aussi longtemps que persiste la gravité diagnostiquée. Du fait de ces exigences et dans la mesure où le traitement du malade mental doit constituer le but principal de l'hospitalisation, on parle désormais de médicalisation du placement involontaire. Ainsi, les hospitalisations de longue durée, pénibles et thérapeutiquement inadéquates, ont disparu ou disparaissent progressivement. Elles laissent place à des mesures de courte durée, renouvelables, le cas échéant, en fonction de l'évolution de l'état du malade mental. L'établissement psychiatrique se transforme également, puisqu'il est désormais perçu comme «un instrument thérapeutique» qui doit être ouvert sur la «cité», en devenant une sorte de gros village, comprenant une place du marché, une salle de spectacles, etc². L'institution de «l'appartement thérapeutique» se généralise et séduit un nombre grandissant d'Etats.

La surveillance de l'Etat se fait ainsi plus incisive, y compris dans les rapports entre les individus. L'hospitalisation volontaire n'est ordonnée qu'en cas de consentement éclairé du malade mental et le contrôle étatique s'exerce jusque dans l'enceinte des hôpitaux psychiatriques privés.

Par ailleurs, des changements terminologiques symbolisent le passage de la période «asilaire» à celle des soins ambulatoires et des services psychiatriques ouverts. La distinction entre le malade mental délinquant et celui qui ne l'est pas commence à s'estomper. Le souci principal demeure, pour les deux types de malade, la réintégration dans la société. On assiste à la fusion progressive des deux systèmes nationaux de contrôle de la condition des malades mentaux, ou plutôt à l'adaptation du système pénal au système sanitaire dans la logique de l'administration d'un traitement plus adéquat. Il existe cependant une différence entre la codification des nouveaux principes dans les textes juridiques nationaux et internationaux et leur application à un cas d'espèce. Cela est particulièrement vrai pour le malade mental délinquant qui est encore sujet, à tout le moins dans les faits, à la présomption

² BOVIER décrivant en son temps la clinique psychiatrique genevoise de Bel-Air, indiquait: «[...] L'image est donc celle de l'éclatement du domaine réservé à la folie, qui se disperse en de multiples espaces insérés directement dans la vie de la cité. La clinique psychiatrique n'est plus qu'un de ses espaces, dans lequel le patient ne vit qu'un moment de sa maladie, l'avant et l'après restant intégrés au milieu de vie habituel», BOVIER, Ph., «De l'Asile à la Cité», Histoire de la clinique psychiatrique de Bel-Air et transformation des domaines de la folie 1900-1975, Genève, 1982.

de dangerosité, quand bien même celle-ci est réfragable. De surcroît, depuis l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas³ et la révolution qu'elle a entraînée dans la protection du malade mental, la jurisprudence strasbourgeoise a adopté une attitude plutôt réservée, se retranchant derrière son rôle international.

Le respect des conditions régissant une procédure d'hospitalisation non abusive est assuré notamment par une série des droits procéduraux dont bénéficie le malade mental tant lors de la prise que durant l'exécution d'une mesure. Le droit de recours juridictionnel visant à contrôler la légalité et la régularité de l'hospitalisation forcée en constitue sans doute le plus important, en particulier puisqu'il est à l'origine de la majorité des autres droits procéduraux. Un tel droit n'ouvre, en principe, pas de recours devant les juridictions administratives pour abus de pouvoir, irrégularités formelles et responsabilité de l'Etat du fait de ses fonctionnaires. Ce droit de recours doit être effectif. L'autorité saisie doit être objective et impartiale, doit statuer rapidement et pouvoir ordonner, le cas échéant, la libération immédiate du malade. Le malade mental doit être présumé non dangereux et sain d'esprit puisqu'il convient que le fardeau de la preuve soit à la charge des autorités. Il doit être assisté par un conseil légal de son choix et bénéficiaire de l'assistance judiciaire gratuite. Il doit pouvoir accéder à son dossier médical, être entendu, idéalement en personne. Il doit encore pouvoir exiger une expertise établie par un expert de son choix ou produire une contre-expertise ou, à tout le moins, être confronté aux expertises déjà ordonnées. En bref, le malade mental doit être mis en état de se défendre dans le respect le plus absolu du principe de l'égalité des armes et il convient qu'il soit largement informé des voies de droit s'offrant à lui. Il doit aussi pouvoir se plaindre de la violation des droits précités et/ou obtenir réparation du dommage matériel et moral subi.

Cette étude se subdivise en trois parties qui sont néanmoins fortement interdépendantes.

La première traite de la notion de «malade mental», de son histoire ainsi que de son acception actuelle en psychiatrie et en droit. Une brève présentation de la diversité de la terminologie utilisée permettra de comprendre pourquoi les textes nationaux ou internationaux emploient les expressions de «personne atteinte de troubles mentaux», de «personne atteinte de maladie mentale», de «dément», d'«anormaux mentaux», de «malade mental», de «handicapé mental» et de «patient». La distinction entre les valeurs juridiques de ces expressions, lorsqu'une différence existe, a son importance, surtout au plan international où la terminologie utilisée est le résultat d'un choix pondéré.

³ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979.

La deuxième partie traite des conditions de légalité et de régularité ainsi que des diverses modalités de l'hospitalisation. Il existe désormais un véritable noyau dur des droits relatifs à la protection du malade hospitalisé qui devrait pouvoir s'appliquer à toute forme de placement, involontaire comme volontaire, dans un établissement psychiatrique privé ou dans un service psychiatrique ouvert. C'est à l'occasion de la procédure d'hospitalisation que l'on peut constater l'importance de la notion «juridique» de malade mental et de son interprétation. Les difficultés auxquelles les autorités sont confrontées lors d'une décision de placement qui doit respecter autant que possible les droits du malade sont également analysées sous une perspective internationale et comparative.

La troisième partie complète les deux premières. Le malade mental doit pouvoir participer de manière adéquate au processus aboutissant à son hospitalisation forcée. A cet effet, il doit pouvoir exercer une série des droits procéduraux lui permettant de se défendre et de faire valoir son point de vue. Ces droits perdurent aussi longtemps que la mesure privative de liberté n'est pas révoquée. Ainsi que nous pourrons le constater, ces droits se retrouvent, à quelques nuances près, dans l'ensemble des textes, internationaux et nationaux, garantissant la protection juridique du malade mental. Leur mise en oeuvre peut toutefois varier selon l'attitude plus ou moins progressiste des législations nationales. Il n'en demeure pas moins qu'à nouveau un noyau dur commun est garanti. Le droit à réparation, respectivement indemnisation du dommage et du tort moral subis du fait d'une hospitalisation forcée illégale et/ou irrégulière, constitue le dernier rempart du malade mental victime d'une mesure arbitraire.

Ce sont bien évidemment les dispositions topiques de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (ci-après: CEDH) – traité international juridiquement contraignant pour les Etats signataires qui garantit des droits individuels «*self-executing*» – telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui constituent le fil conducteur de nos développements. Les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme sont également prises en compte, et ce jusqu'à la disparition de cet organe au moment de l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 1998, du Protocole N° 11⁴. En raison de cette suppression, les divergences d'opinions entre la Commission et la Cour sur une affaire donnée – divergences que nous avons

⁴ A cette date, le binôme Commission/Cour a été remplacé par une subdivision tripartite à l'intérieur de la Cour. S'agissant des affaires portées devant la Cour, celle-ci siège en Comités de trois juges – essentiellement pour des requêtes manifestement irrecevables –, en Chambres de sept juges – essentiellement pour des questions de fond «courantes» – et, enfin, en une grande Chambre de dix-sept juges – pour les questions «graves» relatives à l'interprétation de la Convention ou en cas de changement de jurisprudence. Pour une présentation du nouveau système, FLAUSS (1) et DRZEMCZEWSKI (1), pp. 377-393.

pu relever dans le cadre de notre étude – ne se reproduiront plus. Cela a l'incontestable mérite de garantir une unité jurisprudentielle. Il s'agit cependant d'un frein pour l'évolution de la protection juridique du malade mental hospitalisé de force. En effet, à plusieurs reprises, la Commission avait fait preuve d'une attitude plus progressiste que la Cour.

Quoi qu'il en soit, en sus de la jurisprudence conventionnelle et des textes nationaux, il existe un arsenal de «*soft law*» élaboré au sein du Conseil de l'Europe et des Nations Unies. Ces textes, dont certains sont relativement récents, représentent les baromètres indiscutables des progrès fondamentaux dans la protection du malade mental.

Compte tenu de leur importance, il convient de consacrer deux mots à leur portée juridique qui, exceptionnellement, est plus contraignante que celle attribuée d'ordinaire à des textes de rang comparable.

La Recommandation N° R (83) 2 sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux (ci-après: Recommandation N° R (83) 2), et la Recommandation 1235 (1994) relative à la psychiatrie et les droits de l'homme (ci-après: Recommandation 1235 (1994)), jouissent au sein du Conseil de l'Europe d'une autorité juridico-politique certaine. En vertu de l'art. 15 let. b) du Statut du Conseil de l'Europe, en effet, le Comité des Ministres peut inviter les gouvernements des Etats membres à lui faire connaître la suite donnée à ses recommandations. De plus, il n'est pas rare que ces Etats membres forment des réserves aux garanties qui y sont contenues⁵. Ces textes constituent, en outre, un outil essentiel dans l'évolution de l'interprétation des droits garantis par la Convention. Normalement adoptés à la majorité des délégués des Etats membres, ils reflètent les conceptions qui prévalent ou qui devraient prévaloir dans une société démocratique⁶. A cet égard, le «Livre blanc» sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux (ci-après: «Livre blanc»)⁷ est particulièrement intéressant. Il synthétise l'ensemble des principes régissant l'hospitalisation et le traitement du malade mental et contient un glossaire définissant les notions principales. Le «Livre blanc» a d'ailleurs constitué le

⁵ Dans une note de bas de page de la Recommandation N° R (83) 2, il y a la liste des Etats qui ont émis des réserves aux dispositions de celle-ci.

⁶ La Résolution 1029 (1994) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la psychiatrie et les droits de l'homme, renforce l'autorité de la Recommandation au titre identique en affirmant que «l'Assemblée se référant à sa Recommandation 1235 (1994) relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme, invite les gouvernements des Etats membres à introduire dans leur législation les règles qu'elle énonce et à assurer qu'elles soient mises en pratique le plus rapidement possible».

⁷ COMITE DES MINISTRES, Comité directeur pour la bioéthique, «Livre Blanc» du 10 février 2000 sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, en particulier de celles placées comme patients involontaires dans un établissement psychiatrique.

document de travail pour l'adoption de la Recommandation N° REC(2004)10 sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux (ci-après: Recommandation N° REC(2004)10). Il convient également de mentionner dans ce contexte les normes élaborées par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (ci-après: Normes CPT)⁸ et certains aspects de la Recommandation N° R (99) 4 sur la protection juridique des majeurs incapables (ci-après: Recommandation N° R (99) 4).

A l'échelle universelle et en sus de la jurisprudence, presque inexistante, sur les dispositions topiques du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après: Pacte II)⁹, les Principes des Nations Unies pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale (ci-après: Principes des Nations Unies)¹⁰ remplissent des fonctions analogues aux textes européens. Ces Principes ont été adoptés en 1991, donnant suite au rapport, établi en 1986, par DAES (ci-après: Projet DAES)¹¹. Ils constituent la «source» à laquelle se réfèrent les autres textes universels plus récents. Tel est notamment le cas des Dix Principes fondamentaux sur le droit relatif aux soins de santé mentale adoptés par l'Organisation mondiale de la santé (ci-après: Dix Principes de l'OMS)¹², dont le préambule rappelle explicitement les Principes des Nations Unies. Il en va de même du dernier Rapport du Secrétaire général sur les progrès réalisés dans le cadre de l'action engagée pour assurer aux handicapés la pleine reconnaissance et l'exercice sans réserve de leurs droits fondamentaux (ci-après: Rapport du Secrétaire général)¹³. Ce dernier indique clairement que «[...] les Principes énoncent les normes minimales [...]

⁸ Normes concernant le placement non volontaire en établissement psychiatrique adoptées par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 8^e Rapport général d'activité du CPT couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1997, publié le 31 août 1998.

⁹ Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans la Résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

¹⁰ Les Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale, adoptés par la Résolution 46/119 du 17 décembre 1991 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

¹¹ DAES, E. A., Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Principes, directives et garanties pour la protection des personnes détenues pour maladie mentale ou souffrant de troubles mentaux; contribution: a) à la protection des libertés fondamentales et des droits personnels et juridiques des malades mentaux et des personnes souffrant de troubles mentaux; b) à l'élimination des abus psychiatriques; c) à la promotion d'une législation de la santé mentale et d'une pratique médicale dans ce domaine; d) à l'amélioration des soins psychiatriques et des établissements psychiatriques, Nations Unies, New York, 1986.

¹² Dix Principes fondamentaux sur le droit relatif aux soins de santé mentale, élaborés par la Division de la Santé mentale et de la Prévention de la toxicomanie de l'Organisation mondiale de la santé, Doc. OMS, WHO/MNH/MND/96.9.

¹³ Rapport du Secrétaire général, Doc. ONU/A/58/181, du 24 juillet 2003.

et apportent d'utiles indications quant à la manière dont les Etats devraient s'acquitter de leurs obligations [...]. Les Principes ont servi de modèle pour l'élaboration, dans plusieurs pays, d'une législation sur la santé mentale et ils constituent un instrument important qui contribue à clarifier le contenu du droit commun relatif aux droits de l'homme en ce qui concerne la situation et les besoins particuliers des personnes atteintes de maladie mentale [...]»¹⁴.

Certaines législations ont même intégré les Principes des Nations Unies comme tels, sans modification, dans les lois nationales sur la santé mentale. C'est notamment le cas au Brésil, où la loi reproduit en annexe une version en langue portugaise des Principes des Nations Unies¹⁵.

A la lumière des développements qui précèdent, il convient de constater que les paramètres dont il faut tenir compte pour fournir une présentation complète des droits du malade mental hospitalisé de force sont fort variés. Une sauvegarde efficace de ce malade se codifie en effet à des niveaux juridiques divers – traités internationaux, directives régionales et/ou universelles, jurisprudence conventionnelle, lois nationales, etc. Une telle sauvegarde doit également garantir une approche interdisciplinaire dans laquelle le droit s'allie à la psychiatrie dans la recherche d'un langage commun. Cette approche interdisciplinaire constitue sans doute l'intérêt principal lorsque l'on aborde le sujet de notre étude et, en même temps, représente l'aspect le plus complexe à traiter.

¹⁴ Ibid, point II, par. 12-13.

¹⁵ Résolution N° 1407 du 8 juin 1994 du Conseil Fédéral de la Médecine du Brésil. Dans la Résolution N° 1408 du 8 juin 1994, le même Conseil Fédéral de la Médecine précise et développe les droits contenus dans les Principes des Nations Unies.

Première partie
La notion de «malade mental»

Introduction

La détermination claire et précise du concept de «malade mental» constitue pour le juriste une difficulté majeure. En droit, de manière générale, afin d'établir un statut juridique certain, il faut pouvoir partir d'une définition juridique univoque et concise, qui permette une application de la loi sans risques de contradiction ou d'interprétations divergentes. Une telle définition de la notion de «malade mental» reste aujourd'hui encore à élaborer. En effet, cette notion a gagné en exactitude au fil du temps, mais elle varie en fonction des domaines.

L'histoire de l'évolution de la condition médicale, sociale et juridique des malades mentaux (A) est nécessaire pour comprendre l'origine de la marginalisation dont ont été l'objet ces malades, à tout le moins jusqu'aux années 1960/1970 lorsqu'est née la psychiatrie moderne.

La psychiatrie moderne (B), née en réaction au mouvement antipsychiatrique, apporte un changement essentiel dans la conception de la maladie mentale. Elle promeut par la thérapie l'intégration des malades mentaux dans la vie quotidienne, en les considérant comme des patients comme les autres, et axe la notion de maladie mentale sur la recherche d'un diagnostic fiable. Parallèlement, le droit associe aux critères médicaux des critères essentiels permettant de tenir compte des conséquences juridiques d'un diagnostic de maladie mentale (D). Ainsi, il se crée une interaction entre la psychiatrie et le droit, qui rend la notion juridique et la notion psychiatrique de maladie mentale indissociables, ces deux notions devenant le noyau dur de la notion de «malade mental».

La criminologie, qui réunit des critères médico-psychiatriques – comme la nature de l'altération psychique dont souffre le malade mental – et des critères juridiques – comme la nature du danger pour le malade lui-même ou pour autrui causé par cette altération – ne doit pas être oubliée (C). Elle constitue le trait d'union entre la psychiatrie et le droit.

A. La notion de «malade mental» dans l'histoire

Le premier terme scientifique employé pour désigner les malades mentaux a été celui d'«aliéné». Aujourd'hui, ce terme est de moins en moins utilisé en raison de sa connotation négative. Il a été progressivement remplacé par celui de «malade mental». L'origine d'une telle connotation n'est toutefois pas étymologique (a) mais réside dans la ségrégation vécue par les malades mentaux à travers les siècles (b).

a) L'origine étymologique du terme «aliéné»

Deux explications étymologiques sont données au mot d'«aliéné».

Selon la première, cette expression provient du latin *alienatus*, ou plutôt *alienatum*, accusatif du participe passé du verbe *alienare*, qui signifie «rendre étranger à quelqu'un ou à quelque chose» en langage commun, et «faire changer de possesseur» en langage juridique. L'aliéné serait donc celui qui ne se possède plus, qui ne s'appartient plus, qui n'est plus maître de soi (*alienatus*)¹⁶.

D'après la deuxième explication, l'origine de ce terme remonte à l'expression latine *alienus*, c'est-à-dire «étranger», et *alienus* viendrait de *alius* qui signifie «autre». L'aliéné serait ainsi celui qui «par sa pensée, ses actes, sa conduite, se montre autre que ceux qui l'entourent»¹⁷. Le mot «aliéné» identifierait tout individu atteint d'un «trouble mental, passager ou permanent, qui le rend comme étranger à lui-même et à la société où il est incapable de se conduire normalement»¹⁸.

La première hypothèse reflète mieux la conception de la psychiatrie moderne, qui ne qualifie plus l'aliéné comme un être anormal et/ou étranger à la société, mais comme un malade ordinaire qui peut être soigné, puis réintégré dans la vie quotidienne¹⁹.

¹⁶ PREVAULT, p. 12.

¹⁷ Ibid., p. 11.

¹⁸ Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 1988, 2^e éd., p. 48.

¹⁹ La conception progressiste de la psychiatrie moderne sera analysée en détail lors du chapitre consacré à la notion médicale de malade mental; infra, I^e Partie, section B, sous-section c). Principalement lors de l'examen des critères essentiels de la notion «juridique» de malade mental et de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, nous évoquerons également, les abus que l'assimilation du malade mental à un être «anormal de par sa pensée, ses actes ou sa conduite» a permis de justifier, infra, I^e Partie, section D, sous-section d) et II^e Partie, section B, sous-section b).

Indépendamment de ces considérations étymologiques, la notion d'aliéné, ainsi que sa signification, ont évolué à travers les siècles et ont accompagné, avec la notion de folie²⁰, les malades mentaux dans leur histoire.

b) L'évolution historique

C'est dans l'Antiquité que le terme d'aliéné apparaît pour la première fois dans les écrits d'un médecin de cette époque²¹. Les maladies psychiques étaient attribuées à l'influence de forces surnaturelles et l'aliéné apparaissait comme un être possédé par les esprits ou par les démons. Il était tantôt craint, tantôt vénéré comme un dieu. HIPPOCRATE fut le premier à rassembler quelques connaissances précises sur les troubles psychiques et à essayer d'en identifier les symptômes²².

La science médicale se dirigea ensuite vers l'étude, encore rudimentaire, des différentes formes de folie. C'est à ARATEUS de CAPPADOCE, toutefois, que l'on doit les travaux les plus intéressants. Il décrit, en effet, la maladie mentale comme une déformation du processus normal de la pensée et, deux mille ans avant la psychiatrie contemporaine, il classifia la manie et la mélancolie comme des psychoses de type identique²³.

C'est la civilisation romaine qui connaît les premiers résultats tangibles dans la recherche d'une identification de l'aliénation mentale. En dépit d'une nomenclature médicale assez incomplète, il faut y voir un premier effort de schématisation. Ladite nomenclature distinguait le *demens*, qui était caractérisé par l'absence complète de raison; le *mente captus*, qui était simplement faible d'esprit; le *fatuus* ou *stultus*, c'est-à-dire l'idiot, et le *furiosus*, à savoir le

²⁰ Le terme «folie» viendrait de «*follis*» qui signifie gonflé de vent, léger et mobile comme l'air. Autrefois, le terme «folie» possédait une acception beaucoup plus médicale que le terme d'aliéné. Actuellement, le terme folie n'est employé que dans le vocabulaire populaire, PREVAULT, p.13.

²¹ Il s'agissait d'ASCEPIADE de BITHYNIE, contemporain et ami de CICERON, *ibid.*, p. 12.

²² HIPPOCRATE préconisait également des méthodes physiologiques de traitement telles que les exercices hygiéniques, la diète, la saignée et surtout l'usage d'une plante, l'hellébore (plante herbacée dont la racine possède des propriétés purgatives et vermifuges).

²³ Selon ARATEUS, la manie se développait chez des malades violents et excités. La mélancolie, en revanche, était l'apanage des patients lunatiques et calmes, la manie et mélancolie étant toutefois la manifestation de la même aliénation, FELIX, pp. 3-8. Pour une définition psychiatrique contemporaine de la manie et de la mélancolie, *infra*, I^e Partie, section B, sous-section a).

maniaque agité dangereux²⁴. La classification des fous offrait quelque utilité d'un point de vue médical, ce qui n'était pas le cas du point de vue juridique. En effet, d'après le droit romain, la conséquence de tous les genres de folie était identique et consistait en l'abolition complète du libre arbitre, soit, en langage moderne, en l'incapacité de jouir et d'exercer ses droits civils. La protection des biens de l'aliéné était jugée plus importante que l'aliéné lui-même, dont sa mise sous tutelle découlait du seul fait de sa folie. Une mise sous tutelle pour la vie, car la folie avait été déclarée incurable et le fou était considéré comme perdu²⁵.

Le Moyen-Age constitue sans doute la période la plus obscure. Ni la médecine ni le droit ne s'occupèrent tellement de l'aliénation. Du fait des préoccupations religieuses intenses, des préjugés et des superstitions, les malades se trouvaient confrontés à des théologiens et non à des médecins ou à des juristes. Le fou, en tant que marginal, était assimilé à un mendiant, à un délinquant, ou à un malade pellaigreux et ne bénéficiait d'aucune protection. Il était considéré juridiquement comme une personne décédée, sa succession était ouverte et ses biens étaient distribués entre les membres de sa famille, lesquels avaient généralement le devoir de le prendre en charge²⁶. Le plus souvent, les fous n'avaient cependant pas de famille. Les plus dangereux étaient alors jetés au cachot ou bien brûlés, à l'instar des sorciers ou des possédés du démon. Les plus tranquilles, en revanche, pouvaient circuler librement pour autant qu'ils ne causent pas de scandale et ne troublent pas l'ordre public. Nombre d'entre eux furent purement et simplement expulsés et bannis de leur ville²⁷.

Il faudra attendre les XVII^e et XVIII^e siècles pour que l'aliénation mentale soit reconsidérée sérieusement. Tout devait alors être ordre et cohérence. La folie était étudiée à partir de la médecine générale, soit une science objective et précise. Une telle étude rationnelle, poussée à l'extrême, entraîna une prolifération de classifications des différents types de maladies mentales et de leurs symptômes²⁸. Cet effort de classification n'eut pas le retentissement

²⁴ Une classification similaire se retrouve dans le Code civil belge du début du siècle passé, dont l'art. 489 se borne à distinguer l'imbécillité – une faiblesse d'esprit causée par l'absence ou l'oblitération d'idée –, la démence – une aliénation qui ôte à celui qui en est atteint l'usage de la raison – et la fureur – une démence d'un plus haut degré, qui pousse le furieux à des mouvements dangereux pour lui-même et pour autrui. Pour des plus amples précisions, SACE, pp. 1640-1672.

²⁵ Selon l'adage de l'époque «*furiosus semper praesumitur furiosus*». PREVAULT, pp. 19-21 ainsi que STEINAUER, pp. 3-4.

²⁶ CHAPUT, pp. 41-44.

²⁷ *Ibid.*, p. 45.

²⁸ En général, le grand souci de classification de la science médicale du XVII^e et du XVIII^e était animé par un but bien précis; à savoir le transfert des désordres de la maladie à l'ordre de la végétation. Il fallait réduire toutes les maladies à des espèces précises avec le même soin et la même exactitude que ceux utilisées par les botanistes. Cette méthode fut appliquée à l'étude des maladies mentales. FOUCAULT, pp. 206-207.

attendu par ses auteurs²⁹. Il amorça toutefois une véritable révolution dans l'étude de l'aliénation. L'aliéné n'était plus considéré comme un fou incurable, mais comme un malade dont la santé mentale pouvait être améliorée par des soins appropriés. Au lieu d'être banni de la ville ou d'être oublié dans une cellule, il était interné dans des asiles, c'est-à-dire dans des hôpitaux destinés exclusivement à accueillir des patients aliénés³⁰, pour y être examiné et soigné. Il faut reconnaître que les traitements administrés n'avaient rien de

²⁹ Ces classifications étaient abandonnées aussitôt qu'elles étaient proposées. Certaines d'entre elles restent cependant assez intéressantes, parfois même amusantes. FOUCAULT nous en fournit plusieurs échantillons, dont les trois suivants se distinguent par leur originalité:

a) *Plater (1609 Praxeos Tractatus)*

1) *Mentis imbecillitas*:

- générale: hebetudo mentis;
- particulière:
 - pour l'imagination: tarditas ingenii;
 - pour la raison: imprudentia;
 - pour la mémoire: oblivio

2) *Mentis consternatio*:

- sommeil non naturel:
 - chez les gens sains: somnus immodicus, profundus;
 - chez les malades: coma, lethargus, cataphora;
- stupeur: avec résolution (apoplexie); avec convulsion (épilepsie); avec rigidité (catalepsie).

3) *Mentis alienatio*:

- causes innées: stultitia;
- causes externes: temulentia, animi commotio;
- causes internes: sans fièvre: mania, melancholia;
- avec fièvre: phrenitis, paraphrenitis;

b) *Boissier de Sauvages (1763 Nosologie méthodique)*

Classe VIII «*Vésanies ou maladies qui troublent la raison*»

Ordre I: *Hallucinations*, qui troublent l'imagination. Espèces: «vertige, berlué, bévue, tintouin, hypocondrie, somnambulisme».

Ordre II: *Bizarrerries (morositates)* qui troublent l'appétit. Espèces: «appétit dépravé, faim canine, soif excessive, antipathie, maladie du pays, terreur panique, satyriase, fureur utérine, tarentisme, hydrophobie»

Ordre III: *Délires*, qui troublent le jugement. Espèces: «transport au cerveau, démence, mélancolie, démonomanie, et manie».

Ordre IV: *Folies anormales*. Espèces: «amnésie, insomnie».

c) *Linné (1763 Genera morborum)*

Classe V *Maladies mentales*.

- I- *Idéales*: délire, transport, démence, manie, démonomanie, mélancolie.
- II- *Imaginatives*: tintouin, vision, vertige, terreur panique, hypocondrie somnambulisme.
- III- *Pathétiques*: goût dépravé, boulimie, polydipsie, satyriase, érotomanie, nostalgie, tarentisme, rage, hydrophobie, cacositie, antipathie, anxiété.

FOUCAULT, pp. 210-212. Les exemples exposés ci-dessus décrivent les typologies des maladies mentales qui sont très connues par les psychiatres d'aujourd'hui – démence, manie, mélancolie, boulimie, etc. Ainsi, en faisant abstraction de l'obsession de vouloir classifier nécessairement tout symptôme observable d'aliénation, il faut admettre que la science médicale avait fait des progrès évidents.

³⁰ Le premier hôpital conçu exclusivement pour les aliénés apparut au XVI^e siècle. Il s'agissait du St. Mary of Bethlehem à Londres. D'autres asiles furent construits partout dans le monde, mais jusqu'au XVIII^e siècle les conditions de détention de leurs patients étaient cauchemardesques, FELIX, pp. 16-20

médical au sens propre du terme. Le psychiatre américain FELIX nous en donne une idée:

«Patient's scalps were shaved and blistered; they were bled to the point of syncope; purged until the alimentary canal failed to yield anything but mucus; and in the intervals they were chained by the waist or ankle to the cell wall.»³¹

La conception de l'aliénation avait toutefois radicalement changé, ce qui entraîna une nette amélioration de la condition des aliénés. Ces derniers, en qualité de malades, commençaient en quelque sorte à réintégrer leur condition humaine.

Au XIX^e siècle, la médecine mentale s'intéressa moins au classement des différents troubles mentaux qu'aux conditions d'internement dans les hôpitaux conçus pour les aliénés ainsi qu'aux soins qui y étaient prodigués. Le manque d'hygiène et la surpopulation dans les asiles furent âprement condamnés. Pour la première fois, un souci de pure éthique médicale moderne³² occupait les esprits des médecins thérapeutes. Le traitement administré pendant l'internement devait être le plus approprié possible. La recherche des cures les plus adaptées à la situation très particulière de l'aliéné devint la principale préoccupation. L'accent était principalement mis sur la nécessité de créer un environnement stable et un rapport de confiance entre le patient et le médecin. La possibilité de mettre au point un traitement préventif de l'aliénation était même discutée.

Loin d'être universellement acceptée³³, la nouvelle conception médicale de l'aliénation mentale ouvrit néanmoins la voie à la psychiatrie de la fin du XX^e siècle, focalisée sur les besoins réels du malade mental, sur la nécessité thérapeutique de son intégration dans la société et sur l'importance d'un diagnostic fiable, basé en partie sur des classifications objectives des divers symptômes psychiques et en partie sur l'expérience du psychiatre³⁴.

Malheureusement, la réalité juridique de la condition de l'aliéné au XIX^e siècle ne reflétait pas les progrès réalisés en matière médicale. Avec la naissance et le développement des asiles, lorsque les familles – chargées au nom de la tranquillité publique de garder les malades mentaux chez elles – n'étaient pas en mesure de s'en occuper, les officiers de police devaient «faire conduire ces «sortes de malades» dans le hôpitaux ou dans les autres

³¹ Ibid., p. 18. FOUCAULT fait une analyse passionnante de tous les soins pour lutter contre la maladie mentale qui étaient connus à l'âge classique. Le principe consistait en la consolidation, la purification, l'immersion et la régulation du mouvement de l'esprit (*mentis*). FOUCAULT, pp. 317-320.

³² L'origine de l'éthique psychiatrique date sans aucun doute du XIX^e siècle, MUSTO, pp. 20-21.

³³ A la fin du XIX^e siècle le nombre de malades mentaux avait augmenté considérablement. Certains thérapeutes crurent pouvoir expliquer une telle augmentation par les nouvelles méthodes thérapeutiques et se tournèrent vers une médecine mentale plus coercitive.

³⁴ Infra, I^{er} Partie, section B, sous-section c).

endroits désignés pour les recevoir»³⁵. L'internement s'effectuait sans intervention des autorités judiciaires ou administratives, abstraction faites des officiers de police. Souvent les malades n'étaient pas internés du fait de leur dangerosité ou en raison de la nécessité de soins, mais tout simplement parce que leur famille en avait voulu ainsi. Le malade mental pouvait être interné à vie, ou du moins aussi longtemps que le médecin responsable de l'établissement n'en décidait pas autrement.

Avec le temps, les législateurs, devenus sensibles aux nouveaux principes de légalité et de liberté personnelle de tout individu³⁶, tentèrent d'améliorer le statut juridique de l'aliéné. Ainsi, dès le début de la deuxième moitié du XIX^e siècle, des lois destinées à réglementer la privation de liberté des malades mentaux furent promulguées³⁷. Pour la première fois le terme d'aliéné, jusqu'ici principalement utilisé dans le domaine médical, apparut dans des textes législatifs. Le nouveau cadre législatif restait néanmoins fort insatisfaisant. Le but poursuivi consistait surtout à protéger la collectivité contre tout trouble à l'ordre public. Le simple fait d'être un aliéné, dangereux³⁸ ou pas, constituait un tel trouble et apparaissait comme une condition suffisante pour légitimer l'internement. Le principe de la légalité était alors respecté mais le droit à la liberté de tout malade mental, consacré *de jure*, était inexistant *de facto*³⁹.

En dépit de cette situation, l'évolution vers une protection juridique de plus en plus efficace de l'aliéné était amorcée, évolution qui a reçu une impulsion déterminante par le Code de Nuremberg adopté en 1947 à l'issue du procès intenté notamment à l'encontre des médecins nazis en raison des horreurs perpétrées à l'égard des malades mentaux et des autres handicapés⁴⁰.

³⁵ Rép. Jurisp. Gén. Dalloz., V, Aliénés, cité par PREVAULT, p. 26.

³⁶ En France, d'après le principe de la légalité et la Déclaration des droits de l'homme de 1789 toute privation de liberté non prévue par une loi était illégale. D'après un décret de 1790, les personnes «détenues pour cause de démence seront, pendant l'espace de trois mois [...] interrogées par le juge [...] afin que [...] ils soient élargis ou soignés dans des hôpitaux qui seront indiqués à cet effet» FOUCAULT, p. 490. Ce décret ne constituait qu'une déclaration de principe; il ne contenait aucune prescription sur les modalités de son exécution et resta lettre morte. Une série de décrets du 12 août 1790, en revanche, soulignait la grave dangerosité des aliénés qui tombèrent alors sous le coup des mesures privatives de liberté immédiates et dépourvues de tout contrôle, BORGHI (2), pp. 23-30.

³⁷ La première loi fut la Loi française du 30 juin 1838 sur les aliénés. Elle fut modifiée en 1981 et resta en vigueur jusqu'au 27 juin 1990, date de la promulgation de la Loi française N° 90-257.

³⁸ La notion de dangerosité des malades mentaux sera examinée lors de l'analyse de la notion criminologique et juridique de malade mental, respectivement, infra, I^e Partie, sections C et D.

³⁹ BORGHI parle d'une redéfinition du concept de liberté: «al deviante venne assicurato l'attributo di *libero cittadino*: ma ciò non comportò molto più di una ridefinizione del concetto di libertà come condizione giuridica, sì prevista dalla legge, ma contemporaneamente alle eccezioni la cui applicabilità era fondata unicamente sull'appartenenza del cittadino alla categoria del malato di mente (...) il ché svuotava sostanzialmente la garanzia legale», BORGHI (2), p. 24.

⁴⁰ DOURAKI (5), p. 442.

Les résultats tangibles de cette évolution sont aujourd'hui atteints. Un vaste mouvement de réforme des législations nationales est en cours, dont le principal souci consiste à consacrer juridiquement la nécessité thérapeutique de soigner et d'intégrer le malade mental dans la société. Le remplacement progressif du terme «aliéné», synonyme de ségrégation, par celui de «malade mental», synonyme d'intégration, illustre ce changement. Nous assistons par ailleurs à la codification dans des textes internationaux, régionaux et universels, de toute une série de principes visant à tenter de garantir, où à tout le moins d'amorcer, une véritable protection juridique du malade psychique.

En bref, au cours des siècles passés les aliénés ont vécu des situations fort différentes. Durant l'Antiquité et l'Époque romaine, leur folie provoquait un intérêt spéculatif. Le Moyen Âge constitua une période obscure d'exclusion et de ségrégation. La condition des aliénés commença cependant à évoluer entre le XVII^e et le XVIII^e siècle vers une nette transformation. Considérés comme des malades susceptibles d'améliorer leur santé par des soins appropriés, ils étaient internés dans des asiles pour y être soignés. Cette nouvelle conception de l'aliénation fut à l'origine du processus, médical d'abord et juridique ensuite, d'intégration et de protection de ces malades.

Aujourd'hui, le droit et la médecine ont fait des progrès considérables dans la protection des malades mentaux. Dans la section de cette étude consacrée à la psychiatrie, nous traiterons principalement de la notion de maladie mentale. En développant la problématique juridique, par contre, nos considérations porteront essentiellement sur le malade mental. Du point de vue conceptuel, une telle distinction n'a pas de raison d'être. En effet, celui qui souffre de maladie mentale est un malade mental et, vice versa, celui qui est un malade mental souffre de maladie mentale⁴¹. Cette distinction peut toutefois s'expliquer car, en pratique, la préoccupation principale de la psychiatrie reste l'étude de la maladie mentale, tandis que la protection de l'individu malade mental constitue celle du droit, à tout le moins devrait-elle l'être.

⁴¹ En Afrique du Sud, les rédacteurs de l'art. 1^{er} xi) de la Loi N° 18 de 1973 sur la santé mentale, après avoir défini tant bien que mal l'expression de «maladie mentale», ont ressenti le besoin de relever que l'expression de «malade mental» avait une signification correspondante.

B. La notion médicale

On pourrait tout d'abord affirmer que la notion de maladie mentale se définit par rapport à trois types de troubles (a). Les critiques du mouvement des antipsychiatres ont démontré l'insuffisance d'une telle classification (b). Aujourd'hui, la maladie mentale ne peut être séparée de l'attitude moderne des psychiatres à l'égard de son appréhension et de son traitement (c).

a) La classification

En psychiatrie, le terme d'«aliénation mentale» a, peu à peu, été abandonné dans la mesure où il s'agit «d'un terme général par lequel on désigne toute altération mentale mettant le sujet dans l'impossibilité de mener une vie normale et de participer à la vie collective en société»⁴². Cette conception est désormais contraire à la nécessité thérapeutique de ne pas exclure le malade mental du monde qui l'entoure⁴³. Les maladies mentales sont fondamentalement considérées comme semblables aux maladies physiques. La seule différence réside en ce que les premières affectent le cerveau et se manifestent au travers de symptômes mentaux tels que les troubles de la pensée ou du comportement, tandis que les secondes touchent d'autres organes du corps humain et se manifestent par des symptômes localisables dans ces parties du corps.

La «maladie mentale» est alors définie comme «un trouble pathologique des fonctions de l'intellect par lesquelles l'organisme établit des relations significatives avec le monde extérieur»⁴⁴. Toutefois, cette définition manque d'utilité pratique du fait de sa généralité et la psychiatrie préfère plutôt se concentrer sur la classification et l'analyse des diverses formes d'affection de l'esprit. Il existe principalement trois groupes de maladies mentales.

⁴² POROT, p. 35. SIVADON suit la même voie et définit l'aliénation mentale comme celle qui «ne survient que si le sujet, pour accorder le monde à ses exigences subjectives, le transforme à sa guise et en désaccord avec le monde des autres. Dès lors, il vit dans un monde étranger par rapport à ses expériences antérieures, mais aussi dans un univers étranger à celui des autres». SIVADON et LAIGNEL-LAVASTINE, cités par BERSIER, p. 87.

⁴³ Une telle conception nous montre pourquoi l'aliéné ne doit désormais plus être considéré comme un être de catégorie inférieure souffrant d'une maladie incurable. Selon la conception moderne des maladies mentales, en effet, la personnalité de l'aliéné ne doit être brisée mais revalorisée, le tout en ayant conscience de la condition de malade de l'aliéné susceptible d'être plus ou moins totalement guéri. La psychiatrie devient ainsi une science individuelle où le respect de la personne humaine constitue le fondement de sa thérapeutique.

⁴⁴ BERSIER, p. 87.

Le premier groupe est composé des *maladies mentales organiques caractérisées par des troubles physiques cérébraux stables ou stabilisés* causés par un déséquilibre du métabolisme du cerveau dû, soit à une insuffisance congénitale, soit à une séquelle durable d'une maladie ou d'une lésion. Il existe alors une infirmité permanente et irréversible telle que la démence sénile consécutive à une sténose des artères cérébrales, la sclérose des vaisseaux cérébraux et ses séquelles, les épilepsies et les intoxications chroniques du cerveau suite à certaines formes de toxicomanie. Ces affections se caractérisent par une perte de mémoire plus ou moins prononcée et une diminution des facultés intellectuelles⁴⁵. La faiblesse d'esprit ou déficience mentale doit être considérée comme une maladie mentale organique due à un défaut congénital ou à un arrêt précoce du développement de l'intellect⁴⁶. Il s'agit de troubles de l'intelligence permanents traduisant un «état durable de défaillance intellectuelle dans lequel les fonctions cognitives de mémoire, d'assimilation et de compréhension sont atteintes»⁴⁷. Il existe généralement trois stades en ordre de gravité croissante de l'insuffisance mentale: la débilité, l'imbécillité et l'idiotie⁴⁸.

Le second groupe est constitué par *les maladies mentales caractérisées par des troubles psychogènes (ou psychiques) évolutifs*, qui ne sont pas directement attribuables à une cause physique ou à une lésion structurelle décelable du cerveau ou du système nerveux. Ce sont en effet des affections plus graves, purement psychiques, d'origine inconnue, dont on sait seulement qu'une prédisposition congénitale, le plus souvent héréditaire, y joue un rôle. Il s'agit ici de *psychoses*, c'est-à-dire d'états évolutifs, susceptibles de s'améliorer ou d'empirer, avec des conséquences graves pour le fonctionnement mental de la personne.

⁴⁵ HEIM, p. 1 ainsi que WHITEHEAD, pp. 43-44.

⁴⁶ Certains auteurs considèrent que la déficience mentale constitue un groupe à part, DOURAKI (1), p. 59; BERSIER, p. 89 ainsi que WHITEHEAD, p. 6. La querelle n'a pas de grandes conséquences pratiques, car la faiblesse d'esprit, qu'elle soit considérée comme appartenant au groupe de maladies mentales organiques ou comme catégorie à part, ne compte toujours pas parmi les maladies mentales d'origine psychogène.

⁴⁷ HARDING (3), pp. 20-21.

⁴⁸ Cet ordre de gravité croissante de l'insuffisance mentale a été établi par rapport au quotient intellectuel (Q. I.) des sujets retardés calculé en établissant le rapport âge mental/âge réel. La formule mathématique est la suivante: Q. I. = Age mental: âge chronologique x 100. Le seuil de la déficience est normalement établi en dessous d'un Q. I. de 75. La *débilité* correspond à un Q. I. entre 50 et 75 et à un âge mental entre 7 et 10 ans; le débile est capable d'adaptation sociale et professionnelle au moyen d'une éducation appropriée et d'une certaine surveillance dans des moments de stress économique et social. L'*imbécillité* est caractérisée par un Q. I. entre 20 et 50 et un âge mental entre 3 et 6 ans; l'imbécile comprend avec une certaine difficulté les phénomènes sociaux et il ne peut subvenir à lui-même qu'avec un contrôle relativement constant. Un Q. I. entre 0 et 25 et un âge mental entre 0 et 2 ans qualifie l'*idiotie*. L'idiot n'a aucune connaissance des évaluations morales ou sociales et de leurs conséquences. Il apparaît totalement incapable de subvenir à son propre entretien, il possède un faible développement moteur comme du langage et il nécessite des soins ainsi qu'une surveillance absolue. GARRONE, pp. 9-11 ainsi que BOUZAT, pp. 356-364.

Ce groupe se subdivise principalement en deux types d'altération: *les troubles psychotiques* (ou de comportement), et *les troubles de la personnalité*.

Les premiers sont caractérisés par une perte de contact au moins partielle avec la réalité et la création d'une néo-réalité. A la suite d'une atteinte globale de la personnalité, ils perturbent tout le comportement du malade, qui devient en quelque sorte comme étranger au monde qui l'entoure⁴⁹. Celui-ci évalue mal la précision de ses perceptions et l'exactitude de ses pensées; il tire des conclusions erronées à partir de la réalité extérieure, y compris lorsqu'il est confronté à une preuve contraire, et il souffre d'idées délirantes comme d'hallucinations⁵⁰.

Les seconds troubles sont caractérisés par des graves difficultés relationnelles. Les malades sont souvent mécontents des répercussions de leur conduite sur autrui et de leur incapacité à fonctionner efficacement. Ils sont victimes de perturbations d'humeur inquiétantes, avec une tendance à une exaltation ou à une anxiété excessive⁵¹.

Les réactions paranoïaques et la psychose maniaco-dépressive présentent, par exemple, les particularités des troubles de la personnalité, tandis que la démence au sens strict du terme, c'est-à-dire la schizophrénie ou démence précoce, celles des troubles psychotiques⁵².

⁴⁹ POROT, p. 459.

⁵⁰ DSM-III-R, p. 451 ainsi que DSM-IV-TR, pp. 343-344. Voir également le site internet <http://www.appi.org/dsmiv>.

⁵¹ DSM-III-R, pp. 378-379 et DSM-IV-TR, pp. 789-795. Dans la pratique, il est néanmoins très délicat de distinguer clairement les troubles psychotiques des troubles de la personnalité. En effet, le malade perturbé par un trouble de la personnalité vit dans une néo-réalité tissée d'angoisse ou de surexcitation où il interprète à sa manière les actes et les jugements d'autrui. Cette perte de contact avec le monde extérieur est fort similaire à celle vécue par les psychotiques.

⁵² HEIM, p. 1 et HARDING (3), p. 21. La *paranoïa* (ou *réactions paranoïaques*) est un délire d'interprétation ou de persécution: le malade se forge un système d'idées délirantes incorrigibles à travers lequel il interprète tous les événements de la vie quotidienne. Les expressions de ce délire peuvent être variées: jalousie, érotomanie, persécution, revendication, idéalisme passionné (politique, religieux, etc.). La *psychose maniaco-dépressive* est une forme de psychose aiguë et périodique. Elle se manifeste principalement sous deux types d'affections: la manie et la mélancolie. La manie se caractérise par une excitation anormale, une extrême mobilité de pensée comme de sentiments et s'exprime par des figures variées telles que l'agressivité, la folie érotique, etc. L'individu apparaît bavard, hyperactif et très rapide dans son élocution. La mélancolie, à l'inverse, présente les apparences d'une inhibition motrice et psychique, l'individu étant envahi par une impression d'angoisse et d'abandon, il passe par des crises de dépression qui peuvent être très sérieuses. Les excès de manie et de mélancolie peuvent du reste s'alterner. La *schizophrénie* (ou *démence précoce*) appartient aux types de psychoses fondées sur des édifices mentaux permanents et non conformes à la réalité, qui entraînent un fléchissement et une dissociation de la personnalité. Le malade est perturbé par des idées délirantes souvent multiples, fragmentées ou bizarres, qui peuvent se doubler d'idées de persécution. Il vit alors une vaste gamme de graves conflits intérieurs et souffre d'un fort sentiment de culpabilité. Il perd en conséquence peu à peu tout contact avec le réel et se retire dans un monde à part. On note dans le comportement du schizophrène le désintérêt du milieu familial, de ses occupations professionnelles et du milieu social, une désadaptation à la vie quotidienne,

Les psychopathies et les névroses constituent le troisième groupe de maladies mentales. Du fait de la gravité moindre des symptômes, elles se distinguent des psychoses. Le terme «psychopathie» se réfère à des troubles affectant des sujets «dont les facultés intellectuelles sont normales ou du moins subnormales, mais qui présentent des déséquilibres, des troubles caractériels et des perversions qui paraissent constitutionnels et affligent surtout le secteur instinctif ou affectif»⁵³. Les psychopathies qualifient alors des «comportements dans lesquels s'observent au premier plan l'inconsistance de l'identité et l'utilisation du passage à l'acte pour réduire l'angoisse et les tensions»⁵⁴. Le terme «névrose» est employé pour définir «une anomalie du développement accompagnée de troubles psychiques de l'affectivité consécutifs à une éducation mal comprise, ou à d'autres atteintes psychiques survenues dans l'enfance»⁵⁵. Les névroses sont des troubles «légers, suffisants pour

l'ambivalence et la rêverie morbide. Dans les formes aiguës, comme par exemple l'autisme ou la catatonie, la perte de contact avec le monde semble totale. Pour ces définitions, voir notamment STEFANI/LEVASSEUR/JAMBU-MERLIN, pp. 173-176; ainsi que BARDENAT/POROT, pp. 23-161. Pour une approche plus scientifique encore, DSM-III-R, pp. 379, 225, 239 et 211 et DSM-IV-TR, pp. 795-799, 426-440 et 344-361.

⁵³ POROT, p. 458

⁵⁴ HEIM, p. 2. Les différentes catégories des psychopathies le plus souvent rencontrés sont: la *perversité morale constitutionnelle* – absence à peu près totale de sensibilité à l'égard des souffrances d'autrui; *l'excitabilité anormale*; *l'instabilité des fonctions affectives et de l'ensemble de la conduite* – caractéristique présentée par de nombreux individus ne pouvant jamais se fixer, ni dans leur études, ni dans leurs métiers, ni dans le choix de leur partenaire conjugal; les *perversions sexuelles* – surtout le sadisme et le masochisme; la *mythomanie* – une forme très atténuée de la schizophrénie – et les *toxicomanies* – alcoolisme chronique, morphinomanie, etc. STEFANI/LEVASSEUR/JAMBU-MERLIN, pp. 178-181.

⁵⁵ HEIM, p. 3; ainsi que WHITEHEAD, pp. 23-43. Pour illustrer cette définition purement technique, les DSM-III-R et DSM-IV-TR nous fournit des exemples. Parmi les formes de névroses les plus connues, on dénombre:

– les *troubles paniques (ou états anxieux)* qui se caractérisent par des attaques de panique récurrentes survenant de façon imprévisible et durant quelques minutes ou, plus rarement plusieurs heures – par ex: l'agoraphobie c'est-à-dire la crainte de se retrouver dans des endroits ou des situations d'où il pourrait être difficile de s'échapper ou dans lesquelles on pourrait ne pas trouver secours en cas d'attaque de panique – par exemple en voiture, en train ou dans une file d'attente; ou la phobie sociale, dont la caractéristique essentielle consiste en une peur persistante d'une ou de plusieurs situations dans lesquelles le sujet est exposé à l'éventuelle observation attentive d'autrui et dans lesquelles il craint d'agir ou de se conduire d'une façon humiliante ou embarrassante;

– les *troubles somatoformes*, dont la caractéristique essentielle réside dans des symptômes physiques s'apparentant aux affections somatiques – d'où le nom de somatoforme – sans qu'aucune anomalie organique ne puisse être décelée – par ex. la névrose hypocondriaque, c'est-à-dire la croyance ou la crainte préoccupante d'être gravement malade;

– les *troubles dissociatifs (ou névroses hystériques)* qui se manifestent par une perturbation ou une altération des fonctions normales d'intégration de l'identité, de la mémoire ou de la conscience – comme la personnalité multiple, c'est-à-dire l'existence chez la même personne de deux ou de plusieurs personnalités distinctes; ou l'amnésie d'origine non traumatique, à savoir l'incapacité soudaine d'évoquer des souvenirs importants. Voir, DSM-III-R, respectivement, pp. 266-269, 272-287, 292 et 303-308 ainsi que DSM-IV-TR, respectivement, pp. 493-560, 561-592 et 599-615.

être perçus subjectivement, mais insuffisants pour donner à l'extérieur des perturbations importantes du comportement apparent. Ces troubles n'altèrent pas la personnalité du malade mais s'accompagnent d'une conscience pénible et le plus souvent excessive de l'état morbide»⁵⁶.

Les psychopathies et les névroses couvrent le vaste domaine des instabilités émotives, des peurs irrationnelles et des comportements excessifs parfois courants dans notre vie à tous. De tels troubles ne peuvent donc intéresser la médecine psychiatrique que s'ils atteignent un degré de gravité susceptible d'empêcher le sujet de mener une existence équilibrée. Lorsque ce degré de gravité est atteint, ces troubles se différencient des autres affections car ils n'altèrent pas les fonctions psychiques essentielles et, surtout, le malade ne se réfugie pas dans une néo-réalité pour légitimer en quelque sorte son attitude. Au contraire, le malade est conscient de sa défaillance, qu'il ressent comme morbide et pathologique, et il en souffre. Cette distinction reste toutefois très subtile, car dans la pratique il existe des patients qui souffrent de troubles psychogènes tout en gardant une semi lucidité ou lucidité intermittente de leur état et des patients qui souffrent de psychopathie ou de névroses évoluant malheureusement vers des troubles psychogènes⁵⁷. Tel serait le cas de certains troubles de la personnalité qui, selon l'évolution de leur gravité, peuvent fluctuer d'une classification à l'autre.

En bref, par «maladie mentale» il faut comprendre une dysfonction médicale, dont les causes peuvent être soit organiques soit psychiques, mais dont les symptômes se manifestent sous forme d'altérations psychiques de la personnalité et du comportement⁵⁸. Cette ébauche de définition a néanmoins été critiquée.

b) Les critiques

Il convient de distinguer deux critiques principales. La première a trait uniquement à la classification des différents groupes de maladies mentales et peut être aisément résolue (1). La seconde, en revanche, consiste en la négation de l'existence même de la notion de maladie mentale et, par conséquent,

⁵⁶ POROT, p. 385.

⁵⁷ BOUZAT/PINATEL, p. 351. Pour BARUK, les psychopathies et les névroses ne sont «que la forme atténuée des troubles mentaux qui, lorsqu'ils sont plus accentués, donnent lieu (...) aux psychoses», BARUK, p. 2.

⁵⁸ La terminologie psychiatrique anglo-saxonne mérite que l'on s'y attarde. Le terme «*mental disorders*», correspondant du terme français de «maladie mentale», réunit toutes les maladies mentales, qu'elles soient d'origine psychogène ou organique, y compris les névroses et les psychopathies; le terme «*mental illness*» comprend seulement les névroses et les psychoses, tandis que le terme «*mental handicap*» est réservé à la déficience mentale, WHITEHEAD, p. 5.

de la psychiatrie (2). Elle est ainsi beaucoup plus incisive et mérite une plus grande attention.

1) L'inexactitude de la classification

Une certaine doctrine médicale établit une hiérarchie à l'intérieur de la classification susmentionnée. Elle considère que seules les affections d'origine psychogène, y compris les névroses et les psychopathies, sont des maladies mentales au sens propre du terme. En revanche, les maladies mentales d'origine organique, de par leur nature ambiguë, conjuguant des causes physiques avec des symptômes mentaux, n'occuperaient dans la nosologie psychiatrique qu'une place de deuxième ordre⁵⁹.

Afin d'éviter cette hiérarchie, il est opportun de se référer aux critères établis par le psychiatre SPITZER pour distinguer entre trouble corporel et trouble mental:

«A medical disorder is a relatively distinct condition resulting from an organismic dysfunction which in its fully developed or extreme form is directly and intrinsically associated with distress, disability or certain other types of disadvantage. The disadvantage may be of a physical, perceptual, sexual or interpersonal nature [...].

A mental disorder is a medical disorder whose manifestations are primarily signs or symptoms of a psychological (behavioral) nature, or if physical, can be understood only by using psychological concepts.»⁶⁰

SPITZER ne prend en considération que la nature psychique des symptômes des maladies mentales et fait abstraction de la nature des causes qui sont à leur origine. Il réussit ainsi à inclure dans la catégorie des maladies mentales au sens propre du terme également les maladies mentales d'origine physique, dont les causes, bien qu'organiques, se manifestent toujours par des symptômes mentaux⁶¹. Une telle solution a le mérite de fournir une vision uniforme et cohérente de la notion psychiatrique de maladie mentale.

⁵⁹ Dans ce sens, STEFANI/LEVASSEUR/JAMBU-MERLIN, p. 173.

⁶⁰ SPITZER cité par MOORE, p. 211.

⁶¹ MOORE approuve cette conception et souligne qu'une des difficultés majeures de la distinction entre maladie corporelle et maladie mentale réside dans le fait de savoir si cette dernière doit être caractérisée d'après ses causes ou d'après ses symptômes. Etant donné que les troubles psychiques peuvent avoir qu'une origine organique, il est préférable de prendre comme base les symptômes, qui eux seront toujours mentaux. La distinction de SPITZER est donc conforme à cette exigence et n'en est que plus appréciable, *ibid.*, pp. 212-216.

2) La négation de la maladie mentale

Le mouvement antipsychiatrique, mené principalement par l'Américain SZASZ, nie le concept de la maladie mentale et surtout son assimilation à la maladie physique. Il rejette l'explication médico-scientifique de la notion de maladie mentale qui, selon lui, se limite à supposer l'existence d'un défaut neurologique ou congénital plus ou moins évident, qui serait à l'origine de tous les troubles de la pensée et du comportement. Il réfute ainsi la distinction/assimilation entre la maladie mentale, qui affecte le cerveau et se manifeste par des symptômes mentaux, et la maladie corporelle, qui afflige d'autres circuits organiques et se traduit par des symptômes localisables dans ces circuits⁶². Il accepte toutefois, du moins en théorie, que la conception de maladie, qu'elle soit physique ou psychique, implique l'existence d'une déviation d'une norme clairement établie.

S'agissant de la maladie corporelle, cette norme est évidente. Elle correspond à l'intégrité structurelle et fonctionnelle du corps humain et se définit en termes anatomiques et physiologiques. Pour ce qui est de la maladie mentale, cette norme est difficile à identifier. S'il est vrai qu'en théorie, elle est établie «à l'aide des concepts psychosociaux, moraux et légaux»⁶³, en pratique, les psychiatres ne peuvent être objectifs et émettront un jugement en fonction de leurs orientations éthico-sociales. Ces orientations influenceront leur opinion concernant «ce qui ne va pas chez le patient, ce qui mérite un commentaire ou une interprétation et dans quelle direction orienter le changement»⁶⁴. La maladie mentale, ou mieux la déviation normative qui la caractérise, n'est alors définie que par rapport aux convictions personnelles d'un nombre précis de

⁶² SZASZ (1), pp. 68-78; SZASZ (2), p. 23 et SZASZ (3), pp. 32-42. SZASZ reprend le même concept dans ces trois ouvrages.

⁶³ SZASZ fournit une explication casuistique de ces concepts: «[...] des notions telles que 'répression excessive' ou 'acting-out d'impulsions inconscientes' illustrent [...] l'emploi de *concepts psychologiques* [...]. L'idée que l'hostilité chronique, l'esprit de vengeance ou le divorce sont indicatifs de la maladie mentale, illustre l'un des emplois des *normes morales* (c'est-à-dire, le caractère désirable de l'amour, de la gentillesse et d'une relation conjugale stable). Enfin, l'opinion psychiatrique répandue qui veut que seule une personne mentalement malade soit capable d'homicide, illustre l'emploi d'un *concept légal* [...]», SZASZ (2), p. 25.

⁶⁴ SZASZ (3), p. 36. Selon SZASZ, les orientations éthico-sociales des médecins jouent un rôle aussi dans la médecine générale. Il donne comme exemple les attitudes divergentes que peuvent adopter les médecins, selon leur appartenance religieuse, devant des questions telles que le contrôle des naissances ou l'avortement thérapeutique.

«professionnels». Elle n'existe que grâce à ces convictions⁶⁵ et, partant, elle ne serait rien d'autre qu'un mythe.

Dans le même ordre d'idées, SZASZ considère la psychiatrie comme déraisonnable, car il existe une contradiction entre la définition du trouble et les conditions dans lesquelles un remède est recherché. En effet, quand bien même la norme selon laquelle se mesure une déviation mentale est principalement de nature psychosociale et morale, le remède recherché par la psychiatrie est de nature médico-scientifique. Il y a là, d'après SZASZ, une situation totalement incongrue. Il est illogique et absurde de croire que les méthodes thérapeutiques élaborées pour apporter des solutions à des problèmes exclusivement médicaux, puissent résoudre des questions dont la nature même a été définie sur des bases psychosociales à caractère subjectif⁶⁶.

Selon SZASZ, il n'y a alors pas de maladies mentales définies comme des états de «non santé» susceptibles d'être améliorés par des soins appropriés. Nous ne sommes qu'en présence d'une longue suite de répressions familiales, scolaires, professionnelles et sociales qui détruisent les potentialités de l'individu et façonnent des déments. Ces déments, que la psychiatrie officielle qualifie de malades mentaux, sont en réalité des individus normaux. Ils refusent simplement de céder aux violences insidieuses de la société et tentent d'échapper à l'oppression aliénante de celle-ci en se réfugiant dans un délire libérateur. Ils ne doivent pas être soignés mais, au contraire, être protégés contre les psychiatres.

La position de SZASZ peut nous paraître quelque peu fantaisiste et hasardeuse. Il ne faut toutefois pas oublier que le mouvement antipsychiatrique est né au XX^e siècle dans les années cinquante/soixante, c'est-à-dire à l'époque où la psychiatrie officielle révélait une tendance très dangereuse à une interprétation arbitraire de la notion de maladie mentale, provoquant ainsi un grand nombre d'abus. Il suffit de se remémorer les internements et les traitements abusifs ayant eu lieu dans de nombreux pays, essentiellement pendant les années quarante/cinquante du siècle passé, ainsi que l'utilisation de la psychiatrie à des fins politiques contre les prisonniers d'opinion,

⁶⁵ TABONE et VOOGD paraissent avoir été influencés par la théorie de SZASZ. Lors de la discussion au sein du Conseil de l'Europe de l'Avant-projet du rapport sur la situation des malades mentaux ces deux rapporteurs avaient constaté: «La définition de ce qui est *normal* repose en grand partie sur des critères culturels et la frontière entre ce qui est *normal* et *anormal* se fonde sur un système de valeurs contesté aujourd'hui. Même les médecins, auxquels il incombe d'habitude de décider en dernier ressort qui est soi-disant normal et qui ne l'est pas, ne constituent pas une catégorie distincte au sein de la société. Participant également à ses structures économiques et sociales, ils ont forcément leur philosophie et leurs opinions religieuses, ce qui aboutit à creuser le fossé entre la théorie et la pratique médicale, fossé qui semble être du à une discrimination inconsciente», ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE du Conseil de l'Europe, Avant-projet du rapport sur la situation des malades mentaux, AS/Soc (28) 12 Révisé, du 9 mai 1977, p. 2.

⁶⁶ SZASZ (2), pp. 27 et 28.

notamment dans l'ex-URSS⁶⁷. L'antipsychiatrie réagit, mais au lieu d'élaborer une conception de la psychiatrie empêchant d'en légitimer une utilisation abusive, elle choisit plus simplement de nier l'existence de la maladie mentale, celle d'origine psychogène en particulier⁶⁸.

De nos jours, la vision antipsychiatrique est en perte de vitesse⁶⁹. En effet, la défense de la condition du malade mental s'exerce, moins à travers la négation pure et simple de l'existence de la maladie mentale⁷⁰, qu'en essayant de l'intégrer le mieux possible dans la réalité quotidienne à travers une prise de conscience de ses nécessités⁷¹. Le refus de toute classification et de tout traitement des maladies mentales semble dès lors aberrant. Pour le bien-être du patient souffrant de troubles mentaux, il convient, au contraire, d'établir le diagnostic le plus fiable et objectif possible avant de prodiguer des soins adéquats.

L'antipsychiatrie a toutefois le mérite d'avoir cerné et dénoncé la principale faiblesse de la psychiatrie, à savoir qu'en l'absence d'un test médical apte à donner des résultats scientifiquement démontrés, le diagnostic d'une maladie mentale est basé en grande partie, voire uniquement, sur le jugement clinique du psychiatre, ce dernier risquant d'être influencé par ses préjugés culturels, sociaux ou politiques. En réalité, la psychiatrie et l'antipsychiatrie doivent être considérées comme les deux composantes complémentaires d'une même discipline. Les antipsychiatres ont attiré notre attention sur l'éventuel mauvais exercice d'une pratique médicale se fondant sur une

⁶⁷ Sur ce problème, voir en général DRUCKER, pp. 189-210; BLOCH, pp. 462-472; MÜLLER-HILL, pp. 493-516 ainsi que nos réflexions, infra, 1^{re} Partie, section D, sous-section d), par. I, i).

⁶⁸ Les collègues de SZASZ apparaissent néanmoins plus modérés. L'adage selon lequel «personne n'est en fait malade mental» demeure, mais l'explication est quelque peu nuancée. Le malade mental n'est pas malade, car de son point de vue son comportement est parfaitement rationnel et logique: «The residents who remain in mental hospital are behaving in a perfectly rational manner to achieve a personally satisfying way of life – often the most satisfying of which they are capable [...] – in a certain sense an individual *chooses* his career as a mental patient [...]. But in just what sense does an individual choose his career? In our view, having and maintaining the status of a mental patient is the outcome of *purposive* behavior. Furthermore, given the life circumstances of most of the persons who became and remain residents of mental hospitals, their doing so evinces a realistic appraisal of their available alternatives; it is in short a *rational choice*». BRAGINSKY, cité par MOORE, p. 113. Pour approfondir, également MOORE, pp. 155-243. SZASZ lui-même avait ouvert la voie à cette conception: «insane behavior, no less than sane, is goal-directed and motivated [...]; the behavior of the madman should be regarded as perfectly rational from the point of view of the actor», SZASZ (1), p. 21

⁶⁹ D'après une certaine doctrine, le mouvement antipsychiatrique est désormais quasiment défunt. C'est en tout cas l'opinion du Dr. J. M. BERTOLOTE, fonctionnaire médical principal, Division de la Santé mentale, OMS.

⁷⁰ Selon les antipsychiatres, il n'existe pas de condition de malade mental devant être réglée juridiquement ou médicalement car le concept même de maladie mentale n'existe pas. Le but des antipsychiatres consiste «to abolish the problem of mental health by abolishing the concept of mental illness». MOORE, p. 181.

⁷¹ MOORE partage cette théorie. Il souligne que l'on peut mieux lutter contre les éventuels abus à l'égard des malades mentaux en se concentrant plus sur la nécessité de sauvegarder leur liberté que sur le mythe de leur maladie, *ibid.*, p. 137.

compréhension et un emploi trop subjectifs de la notion de maladie mentale. La réponse des psychiatres a ainsi été l'élaboration d'une notion moderne de la maladie mentale⁷².

c) La notion de la psychiatrie moderne

Afin de limiter la subjectivité dans le diagnostic de la maladie mentale, la psychiatrie moderne⁷³ a renforcé l'assimilation de la maladie psychique à la maladie physique, dont les critères scientifiques sont plus contraignants pour le médecin⁷⁴. Psychiatres et médecins généralistes ont rapproché, tout en respectant les limites de leurs différences, les critères établis pour expliquer l'apparition des maladies aussi bien organiques que psychiques. Désormais, ils se réfèrent indistinctement à des facteurs congénitaux, biologiques, neurologiques, psychologiques ainsi que sociaux et utilisent le plus souvent possible des «modèles psychosomatiques», qui peuvent aussi bien s'appliquer aux maladies organiques qu'aux maladies psychiques⁷⁵.

Il faut toutefois garder à l'esprit que l'assimilation de la maladie mentale à la maladie physique n'est pas absolue et qu'elle n'a été effectuée que pour faciliter le diagnostic et dans un but thérapeutique. La psychiatrie a remanié et perfectionné sa propre classification afin d'obtenir un diagnostic objectif et rigoureux suivi d'un traitement adéquat et le moins coercitif possible. Elle a su établir une compilation clinique des différents types et des divers symptômes des altérations mentales. Dorénavant, le psychiatre possède des outils de diagnostic aussi précis que la nature des affections mentales le permet.

⁷² Il convient de répéter que les origines de la psychiatrie moderne, à tout le moins en partie, sont tout de même assez anciennes. Elles remontent en effet aux grandes classifications des XVII^e et XVIII^e siècles ainsi qu'aux premiers soucis d'éthique psychiatrique apparus lors du XIX^e siècle, supra, I^e Partie, section A, sous-section b) ainsi que les références bibliographiques citées.

⁷³ La psychiatrie moderne, dans son désir d'objectiver le plus possible la maladie mentale, s'occupe surtout des psychoses, des névroses et des psychopathies. En effet, les maladies mentales d'origine organique ainsi que la déficience mentale sont, de par leur nature physique, plus facilement diagnostiquées et traitées. Dans un souci de simplification, nos considérations seront toutefois d'une portée générale et pourront être appliquées à toutes les formes d'affections mentales.

⁷⁴ FULFORD considère que la grande différence entre la maladie psychique et la maladie physique réside dans leur nature qui pour la première est «*evaluative*» et pour la seconde «*factual*». Il opère également une distinction terminologique assez intéressante entre le terme «*disease*» correspondant à celui de maladie corporelle et le terme «*illness*» se rapportant pour sa part à celui de maladie mentale. Il précise en effet que le terme «*disease*» possède des «*factual connotations*» alors que le terme «*illness*» contient des «*evaluative connotations*», FULFORD, pp. 80-88.

⁷⁵ SCHNEIDER, pp. 5-7.

Cet effort de classification demeure néanmoins ardu. Il n'existe, en effet, pas de frontières certaines entre une affection et l'autre et, souvent, leur analyse résulte de l'appréciation très subjective du psychiatre.

Actuellement, il existe deux manuels considérés comme des ouvrages de référence par excellence, qui ont au cours du temps subi diverses révisions. Il s'agit du *Manuel diagnostic et statistique des troubles mentaux*⁷⁶ et de la *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes* de l'OMS⁷⁷. Ces deux ouvrages définissent les altérations mentales à travers une compilation de leurs caractères cliniques, qui se distinguent souvent par des troubles du comportement ou par d'autres comportements relativement faciles à observer. Ils constituent des outils indispensables afin que soient réduites au maximum la marge d'erreur ainsi que l'appréciation subjective du psychiatre lors du diagnostic.

Dans ce cadre, l'approche scientifique et médicale de la maladie mentale cherche à garantir au mieux, d'une part, une précision de jugement psychiatrique comparable à celle de la médecine ordinaire et, d'autre part, un traitement clinique adéquat dans des lieux appropriés⁷⁸. Il est clair que le processus de diagnostic, certes objectif, reste encore en partie tributaire du jugement et de l'évaluation des psychiatres. Une telle subjectivité est due avant tout à la variété extraordinaire des symptômes et des indices pouvant caractériser un seul type de trouble. Il est aussi courant que différentes affections partagent ou combinent les mêmes symptômes, ce qui rend la distinction scientifique des différentes formes d'altérations mentales relativement floue. De plus, n'oublions pas que la science médicale peut réaliser de très rapides progrès, capables de remettre en cause toute nosologie systématique, et que la terminologie psychiatrique peut varier d'une école à l'autre, quand ce n'est pas d'un auteur à

⁷⁶ DSM-III-R et DSM-IV-TR.

⁷⁷ CIM-10. Ce dernier ouvrage contient moins de détails sur la description des maladies mentales que les DSM-III-R et DSM-IV-TR mais il fournit une bonne analyse des troubles psychogènes majeurs. Particulièrement intéressant le site internet, <http://www.informatik.fh-luebeck.de/icd>. Pour une explication de la portée de cette classification, DILLING; DILLING/MOMBOUR/SCHMIDT ainsi que CHAPIREAU, pp. 7-26.

⁷⁸ L'assimilation du malade mental au malade physique a également une conséquence sur le traitement du premier. Il est de plus en plus fréquent que des sections dites «psychiatriques» soient créées dans les hôpitaux de médecine générale et que les patients somatiques, ainsi que psychiques, soient traités dans les mêmes unités. Dans certain cas, l'hôpital psychiatrique classique a été, soit remplacé en grande partie par des institutions prodiguant des soins purement ambulatoires, soit fragmenté en différentes unités spécialisées. A ce sujet, infra, II^e Partie, section B, sous-section, b), par. 4.

l'autre⁷⁹. Ainsi que nous le constaterons plus avant, une telle faiblesse congénitale peut et doit être réparée par le psychiatre traitant lui-même.

L'approche de la psychiatrie moderne ne fait pas toujours l'unanimité. Selon certains auteurs, la «médicalisation» de la notion de maladie mentale amène un souci presque obsessionnel de classer tous les symptômes mentaux et peut avoir des effets pervers très dangereux. Qu'en est-il, en effet, du patient dont les altérations ne sont répertoriées par aucune des compilations psychiatriques? Le sujet souffrant de symptômes ne correspondant à aucune pathologie établie sera-t-il considéré comme un simple «malade imaginaire»⁸⁰?

Deux arguments peuvent être opposés à ces objections.

Le premier concerne le rapport qui doit exister entre le malade et le psychiatre traitant. L'éthique psychiatrique exige de ce dernier qu'il ne se borne pas à appliquer mécaniquement et mathématiquement les critères cliniques caractérisant les diverses affections. Au contraire, il doit prendre en considération l'histoire médicale du patient et les besoins qu'il exprime⁸¹. Dans ce cas, le médecin doit utiliser ses capacités d'appréciation. En effet, les classifications des affections mentales ne sont que des outils de travail auxquels le psychiatre doit recourir pour pouvoir cerner le plus objectivement possible une éventuelle altération mentale. Ensuite, ainsi que nous l'avons déjà souligné, sa conscience professionnelle et son expérience seules doivent guider son diagnostic⁸².

⁷⁹ En dépit des progrès réalisés par la psychiatrie en vue d'obtenir un diagnostic le plus objectif et fiable possible, certains scientifiques demeurent fort sceptiques. Ils soulignent le caractère particulièrement stigmatisant pour l'individu d'un diagnostic de maladie mentale et mettent l'accent sur la probabilité d'erreur élevée. A cet égard, REICH, pp. 102-133. Les risques d'un mauvais diagnostic ou d'un diagnostic abusif peuvent toutefois être en partie dissipés par le recours à d'autres moyens de protection du malade mental en sus de la qualification objective des troubles dont il souffre. Il s'agit notamment des moyens juridiques, infra I^e Partie, section D, sous-section d) et II^e Partie, section C.

⁸⁰ FULFORD, p. 98.

⁸¹ Selon la Déclaration de Hawaï sur la déontologie psychiatrique, les devoirs du psychiatre consistent à «s'abstenir de tout traitement psychiatrique imposé, agissant uniquement en fonction de l'intérêt du malade et du respect de sa dignité», tandis que la psychiatrie vise «à contribuer à la santé, à l'autonomie personnelle et au développement de l'individu». Le texte intégral de la Déclaration de Hawaï figure dans un recueil de textes publiés à l'intention de l'Institute for Advanced Research in Asian Science and Medicine, Comparative Medicine East and West, Vol. VI, N° 1, 1978, pp. 80-81.

⁸² En 1950, BARUK affirmait déjà avec autorité que «la principale difficulté qui se présente en psychiatrie c'est de recueillir correctement les symptômes et de prendre une observation exacte, juste, et impartiale. L'expérience prolongée que nous avons [...] nous a bien souvent montré des médecins très instruits dans la pathologie mentale mais incapables de saisir chez le malade les nuances et la couleur même des symptômes qui lui sont propres, soit parce qu'ils ne savent pas mettre le malade en confiance, soit parce qu'ils interprètent mal les paroles du malade et qu'ils créent artificiellement des symptômes pathologiques théoriques en forçant la clinique suivant des prescriptions, ou des théories préconçues», BARUK, p. 27 ainsi que PICHOT/SAMUEL-LAJEUNESSE, pp. 39-85.

Par ailleurs, il se doit d'être toujours prêt à reconnaître une éventuelle erreur de diagnostic et à prendre les dispositions nécessaires pour y remédier.

Le deuxième argument a trait à la nature de la maladie mentale. Nous avons souligné le caractère scientifique, sur lequel se greffe la composante subjective de l'évaluation du psychiatre, de la maladie psychique. Nous devons reconnaître que ces maladies, ou en tout cas certaines d'entre elles, peuvent évoluer. Les altérations psychiques, avant tout celles qui ne sont pas d'origine organique, constituent en partie une réaction aux conditions sociales, humaines et affectives⁸³ dans lesquelles le malade compose son quotidien. Ces conditions évoluent avec les années et façonnent dès lors les affections mentales et leurs symptômes. De nouvelles typologies de troubles psychiques peuvent donc apparaître, ce dont les psychiatres sont tout à fait conscients. La nouvelle version du *DSM-III-R*, le *DSM-IV-TR* et le fait que la *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes* de l'OMS est parue dans sa dixième édition en apportent la preuve. Il appartiendra à nouveau au psychiatre traitant de suivre sa conscience professionnelle et son expérience pour éviter de considérer comme un simulateur une personne souffrant d'une nouvelle pathologie mentale ou comme un malade un individu parfaitement sain d'esprit.

En conclusion, selon la psychiatrie moderne, la maladie mentale possède une nature à la fois scientifique/objective, subjective et évolutive. Une nature scientifique/objective, car son existence reste liée tout d'abord aux classifications des divers troubles psychiques. Une nature subjective, car, en dépit de leur utilité pour une précision accrue des diagnostics, lesdites classifications ne bénéficient pas d'un caractère absolu en raison de l'extraordinaire variété des symptômes que les diverses altérations psychiques peuvent présenter. Le jugement personnel du psychiatre continue alors à jouer un rôle fondamental. Une nature évolutive, car les affections mentales, ou à tout le moins certaines d'entre elles, constituent en partie une réaction au quotidien social, humain ou affectif du malade, qui évolue avec le temps, entraînant une évolution des affections et de leurs

⁸³ Cela est particulièrement vrai pour les névroses et les psychopathies, supra, I^e Partie, section B, sous-section a).

*symptômes*⁸⁴. La prise en compte de ces trois natures forme le «noyau dur» de la notion psychiatrique moderne du trouble mental.

Un aperçu criminologique de la notion de maladie mentale rendra moins abrupt le passage à l'analyse de la notion juridique.

⁸⁴ Il y a quelques années un nouveau trouble mental qualifié de syndrome de dépendance sexuelle voyait notamment le jour. Aujourd'hui, il figure sur la liste des maladies de la dépendance au même titre que l'alcoolisme et la toxicomanie, DSM IV TR, pp. 618-640. Ce sont les psychiatres américains qui ont les premiers émis l'hypothèse qu'il existait des personnes ayant perdu le contrôle de leurs pulsions sexuelles et qui en souffraient. Ce syndrome répond à des critères bien précis: il s'agit de personnes se comportant face à la sexualité comme des toxicomanes. Ces personnes ont besoin d'une consommation régulière et abondante d'activité sexuelle, solitaire ou à deux, parfois perverse ou fétichiste. Ces pratiques peuvent coexister avec une vie de couple normale, ou s'en dissocier. Le syndrome de dépendance sexuelle, qui doit être pris au sérieux, peut passer totalement inaperçu. L'entourage ne remarque pas cette dépendance et le sujet dépendant nie son trouble. Les comportements sont, soit passés sous silence, soit banalisés. Le harcèlement sexuel est fréquemment présent. Selon les spécialistes, il est cependant extrêmement rare que l'on en arrive au viol et à la pédophilie, qui constituent des problèmes distincts. Voir également, HUISSOUD, S., Santé: Découverte d'une nouvelle dépendance. Quand le sexe devient une drogue, la dépendance sexuelle est considérée comme une maladie qui confine à la toxicomanie, Journal de Genève et Gazette de Lausanne, 13 septembre 1995.

C. La notion criminologique

La criminologie constitue en quelque sorte le trait d'union entre la psychiatrie et le droit. Elle réunit, d'une part, des critères médico-psychiatriques, tels que la nature de l'altération psychique dont souffre le criminel malade mental⁸⁵ et, d'autre part, des critères juridiques, comme la nature du danger pour le malade lui-même ou pour autrui, causé par la présence d'une telle altération.

La criminologie consiste en l'étude des divers troubles mentaux susceptibles de provoquer une propension à la violence et/ou à la délinquance. Ces troubles correspondent en grande partie aux affections mises en évidence dans les classifications psychiatriques. Cependant, c'est le délinquant malade mental, et non pas le trouble dont il souffre, qui constitue l'objet principal de la classification criminologique. Dès lors, les catégories et la terminologie employées ne correspondent pas toujours à celles utilisées en psychiatrie.

La criminologie distingue principalement trois groupes de malades.

Tout d'abord, *les caractériels*, qui souffrent de troubles du caractère décrits à partir, d'une part, des principales maladies d'origine psychogène et, d'autre part, des névroses et des psychopathies. Certaines maladies d'origine organique, comme l'épilepsie, sont aussi prises en compte. Ensuite, *les pervers*, qui présentent surtout des anomalies de l'affectivité. Enfin, *les débiles mentaux*, qui sont handicapés par une insuffisance intellectuelle, qui est souvent source de multiples réactions antisociales et/ou dangereuses⁸⁶.

⁸⁵ Le fait que les délinquants malades mentaux puissent ne pas présenter de troubles mentaux, de troubles de l'intelligence, du caractère ou de perversion n'est pas admis par la majorité des criminologues. Ces criminologues reconnaissent que de tels troubles peuvent se manifester chez le sujet sous une forme très légère, mais ils sont à leur sens toujours présents chez un délinquant. En d'autres termes, tous les délinquants sont des malades mentaux. Une minorité de criminologues considère, toutefois, que les troubles de l'intelligence, du caractère et de l'instinct ne permettent pas de coller une étiquette psychiatrique à tous les délinquants. Des facteurs éducatifs et sociaux doivent aussi être pris en considération. Voir, BOUZAT/PINATEL, pp. 391-392 et les références citées; HARRIS, pp. 80-125; NIVEAU (2), pp. 35-46 et, enfin, pour une étude sur la relation délinquance/troubles mentaux, succincte mais concluante, HOCHSTEDLER-STEURY, pp. 352-376. Nous croyons que considérer l'ensemble des délinquants comme des malades mentaux dénature la notion psychiatrique de maladie mentale.

⁸⁶ Pour toutes les définitions criminologiques qui suivront, nous nous sommes référés en particulier aux ouvrages de BOUZAT/PINATEL, pp. 346-391; STEFANI/LEVASSEUR/JAMBU-MERLIN, pp. 170-190 et GASSIN, pp. 509-514.

Les schizophrènes, les paranoïaques, les psychotiques maniaco-dépressifs et les épileptiques figurent notamment parmi les *caractériels*⁸⁷. Une perte progressive de tout contact avec le monde réel caractérise les schizophrènes⁸⁸. Cette perte se traduit par une fuite des contacts sociaux, la vulnérabilité, une alternance d'indifférence et d'agressivité et l'absence de relations affectives avec autrui. Le danger que représente le sujet schizophrène peut se matérialiser par des homicides sans raison effective, suivis éventuellement d'acharnement sur le cadavre. Les paranoïaques sont obsédés par des idées délirantes à travers lesquelles ils interprètent tous les événements de la vie quotidienne⁸⁹. Ils ont tendance à commettre des délits d'agressivité pour se venger de ce qu'ils considèrent comme des persécutions ou des offenses. Ils peuvent aussi voler par vengeance ou revendication et être impliqués dans des homicides passionnels ou dans des crimes politiques. Les *psychotiques maniaco-dépressifs* souffrent d'une forme de psychose aiguë et périodique qui se manifeste principalement par deux types d'affections, à savoir la manie et la mélancolie⁹⁰. Dans l'excitation maniaque, les malades font preuve d'exaltation. S'ils sont contrariés, ils peuvent devenir dangereux et accomplir des actes destructeurs ou démontrer de graves tendances aux abus alcooliques ou sexuels. La dépression mélancolique génère chez les malades un état d'anxiété qui peut les conduire au suicide individuel ou collectif. Il existe également des formes agressives et destructrices de mélancolie⁹¹. Les *épileptiques* sont des sujets dont le fond mental est caractérisé par une lenteur dans l'expression et une sociabilité réservée, qui est interrompue par des raptus hostiles aptes à provoquer des crises convulsives graves. Un tel état d'impulsivité latente

⁸⁷ Il s'agit des caractériels à orientation psychopathique. Il existe également les caractériels à orientation névropathique, à savoir les neurasthéniques, les hyperémotifs, les mythomanes hystériques et les obsédés. Les neurasthéniques souffrent d'une sensibilité accrue à l'égard de tous les excitants extérieurs. Ils tendent à être indolents, incapables de prévoyance et s'adaptent mal aux exigences du travail. La prostitution homosexuelle ou hétérosexuelle et les petits délits pour survivre constituent leur destin habituel. Les *hyperémotifs* s'adaptent difficilement aux situations imprévues, aux circonstances soudaines et aux milieux nouveaux. Ils peuvent être des délinquants occasionnellement dangereux, l'acte délictueux ayant pour unique but de leur permettre de faire face à la nouvelle situation à laquelle ils sont confrontés. Leur délinquance prend souvent la forme de vols. Les *mythomanes hystériques* vivent des crises dramatiques et spectaculaires. Ces crises peuvent prendre la forme d'allégations calomnieuses, de simulations d'agression ou d'attentats à la pudeur et d'envois de lettres anonymes. Les *obsédés* sont souvent indécis et scrupuleux, pouvant toutefois présenter des comportements obsessionnels à orientation kleptomaniaque, pyromaniaque et sexuelle.

⁸⁸ Supra, I^e Partie, section B, sous-section a) et les références citées.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Il convient de relever qu'il existe une forme «*intermittente*» de psychose maniaco-dépressive, où le malade est alternativement excité ou déprimé. Dans les phases d'excitation en particulier, il est prompt à se rebeller contre l'autorité ce qui peut l'amener notamment à commettre des outrages, des violences, des coups, des blessures et des bris de clôture.

ouvre la porte aux attentats à la pudeur, aux agressions sexuelles, aux vols, aux tentatives de meurtre.

Les *pervers* constituent le deuxième groupe de la classification criminologique. Les perversions dont ils souffrent sont dues à des anomalies de l'affectivité. De telles anomalies sont acquises et permanentes. La personnalité des pervers peut prendre la forme de l'inaffectivité, de l'amoralité, du besoin de faire le mal par plaisir, de la cruauté, de la nocivité sous toutes ses formes, des manifestations sexuelles anormales et des vols.

Les *débiles mentaux* appartiennent au troisième groupe de la classification criminologique. Ils souffrent d'une insuffisance mentale durable⁹². Selon la gravité de leur défaillance mentale, on distingue trois catégories, à savoir les débiles, les imbéciles et les idiots⁹³. Face à cette distinction psychiatrique, la science criminologique a étudié leur degré de dangerosité, qui est avant tout liée à leur capacité de se rendre compte de l'interdiction de commettre certains actes répréhensibles. Les *idiots* ont normalement peu de réactions agressives, car leur inadaptation totale et leur incapacité de subvenir à leurs besoins les rendent tout au plus inactifs. Ils ont besoin d'être continuellement surveillés. Les *imbéciles*, dans la majorité des cas, comprennent que le vol ou l'assassinat sont défendus, mais éprouvent des difficultés à saisir l'interdiction de commettre de délits comme l'inceste et les attentats à la pudeur. Ils peuvent présenter un état dangereux permanent lorsqu'ils sont impulsifs, instinctifs, coléreux et violents. Les *débiles* possèdent généralement une connaissance suffisante de la prohibition des actes les plus simples, comme le vol, mais peuvent avoir des difficultés à cerner le caractère répréhensible des actes plus compliqués, tels que l'escroquerie et l'abus de confiance. Ils peuvent faire preuve d'un caractère autoritaire, obstiné et très susceptible, ce qui peut les rendre relativement dangereux.

Pour conclure, qu'il s'agisse de caractériels, de pervers ou de débiles mentaux, ce qui importe en criminologie est que ces malades apparaissent comme potentiellement capables de commettre ou de continuer à perpétrer des actes délictueux. La criminologie ne se concentre pas tant sur la présence de symptômes psychiatriques que sur les conséquences juridiques, à savoir la commission d'actes délictueux – agressions, attentats à la pudeur, vols, tentatives de meurtre, etc. – que ces symptômes sont susceptibles de provoquer chez les délinquants malades. Elle introduit et développe la notion de danger pour soi ou pour autrui, qui constitue le critère essentiel de la notion «juridique» de malade mental. A la différence de la criminologie, la doctrine juridique ne

⁹² Supra, I^o Partie section B, sous-section a) et les références citées.

⁹³ Ibid.

se limite pas toutefois aux délinquants, c'est-à-dire aux sujets souffrant d'un trouble spécifique et qui généralement ont déjà commis un acte contraire à l'ordre juridique. Son champ d'application s'étend à tout malade mental, délinquant ou non, dont les droits demandent à être garantis.

D. La notion juridique

Avant tout, l'objet de notre étude doit être délimité (a). Ensuite, un aperçu des systèmes nationaux de contrôle ainsi que de la terminologie utilisée (b) permettra de mieux cerner la notion «juridique» de malade mental proprement dite. L'analyse des textes nationaux et internationaux démontrera les difficultés que rencontre le droit, principalement le droit international, dans la recherche d'une interprétation de la notion de «malade mental» qui soit indépendante de la notion employée en psychiatrie (c). Une telle recherche ne peut être abandonnée puisque la notion «juridique» de malade mental ne correspond pas nécessairement à la notion médicale. Le plus souvent, la seconde possédera une portée plus large que la première. Dans un but thérapeutique, le médecin peut qualifier de maladie toute atteinte à la santé psychique, si minime soit-elle, mais le juge ne doit prendre en considération qu'une atteinte d'une gravité suffisante pour justifier la restriction d'un droit garanti à l'individu malade⁹⁴. La solution doit alors être trouvée dans une notion qui se réfère aux critères médicaux, tout en leur associant des critères juridiques, qui permettent de prendre en compte les conséquences d'un diagnostic de maladie mentale (d).

a) La délimitation du sujet

Un diagnostic de maladie mentale peut avoir des effets juridiques multiples sur un individu, surtout en ce qui concerne l'exercice de ses droits civils. Ce diagnostic peut, en effet, constituer une cause notamment d'absence de discernement, d'empêchement de contracter mariage, de nullité du mariage, de divorce, d'interdiction et d'incapacité de disposer de ses biens par testament⁹⁵. Dans le domaine de notre étude, qui porte essentiellement sur le

⁹⁴ ATF 48 II 179 et BERSIER, p. 92 ainsi que les références citées. Dans un arrêt plus récent sur la notion d'«anomalie mentale», le TF a relevé que la notion médicale d'anomalie mentale englobe tous «les états psychiques s'écartant de la norme médicale, tels que la faiblesse d'esprit, les psychopathies, les développements mentaux incomplets, les névroses et les maladies mentales chroniques». Il a alors constaté que la notion médicale est une notion «extrêmement large», qui ne peut être reprise comme telle pour la définition juridique. Ainsi, toujours selon le TF, «seules certaines formes relativement lourdes d'anomalie mentale au sens médical peuvent être qualifiées d'anomalie mentale au sens juridique». En d'autres termes, l'acte commis par le malade doit «manifeste» un état mental gravement atteint et faire apparaître l'auteur comme particulièrement dangereux, ATF du 2 novembre 2002 [6S.376/2002] en la cause X c. canton Neuchâtel, consid. 2 ainsi que les arrêts cités.

droit public et pénal, les troubles psychiques peuvent principalement fonder l'hospitalisation du malade mental, délinquant ou non, ainsi que les différents traitements susceptibles de le soigner. La situation juridique des malades mentaux concerne alors deux domaines bien distincts, qui sont régis par des lois différentes. Les codes civils réglementent le régime des droits civils et de la protection des biens des malades mentaux, tandis que les lois sur la santé mentale ainsi que certaines dispositions pénales traitent du régime de l'hospitalisation des malades mentaux, de leur protection pendant l'hospitalisation et du traitement médical.

La notion «juridique» de malade mental variera selon l'effet que la décision de maladie mentale pourra avoir sur la situation du patient. Les critères essentiels dont il faudra tenir compte pour une décision d'hospitalisation ne seront pas les mêmes que pour une déclaration d'empêchement de se marier. Comme le souligne BERSIER, la définition juridique du malade mental dépend de l'institution à laquelle elle s'applique et doit être interprétée d'après le but de la disposition en question⁹⁶.

Nous nous concentrerons principalement sur la procédure d'hospitalisation forcée, soit un domaine où la réglementation subit d'importantes évolutions. Ses caractéristiques principales sont au nombre de deux.

Tout d'abord, cette réglementation revêt désormais une assise nationale et internationale, preuve évidente de son importance pour le monde juridique.

Sur le plan national⁹⁷, presque tous les Etats ont traité de cette problématique, que ce soit par l'adoption d'une législation spécifique ou par le biais d'une pratique juridique⁹⁸.

À l'échelon régional, la Cour et, avant sa dissolution, la Commission ont élaboré une abondante jurisprudence sur la situation des malades mentaux au sein des Etats membres. Cette jurisprudence a sensibilisé les esprits aux conditions d'hospitalisation et aux droits des patients hospitalisés et demeure

⁹⁵ Pour un aperçu des conséquences juridiques pouvant découler de l'état de malade mental, BERENSTEIN, pp. 15-119; GOUILLLOUX, surtout aux pp. 29-166; SLOVENKO, surtout aux pp. 313-394 ainsi que STETTLER (1), pp. 17-35 et STETTLER (2), pp. 258-268.

⁹⁶ BERSIER, pp. 92-93.

⁹⁷ L'adjectif «national» est utilisé en opposition à celui de «international».

⁹⁸ Une distinction entre les Etats dotés d'une législation spécifique sur le traitement et l'hospitalisation des malades mentaux et les Etats où il existe une pratique juridique, qui tient lieu de loi a été établie. Les premiers possèdent donc ce que l'on a appelé «*système formel*», alors que les seconds sont pourvus d'un «*système informel*». La tendance actuelle se dirige vers une codification de la pratique juridique, d'où une multiplication évidente des «*systèmes formels*». Pour une étude comparative des différentes législations ou pratiques juridiques nationales, CURRAN/HARDING, pp. 101-154. Malgré la modification par un certain nombre d'Etats, comme la France et la Belgique, de leur législation cette étude reste, à notre connaissance, la seule à avoir schématisé et comparé les législations ou les pratiques judiciaires de quarante-trois Etats dans le domaine de la santé mentale. Une mise à jour serait actuellement en préparation.

le détecteur de tout besoin nouveau dans le domaine européen de la protection juridique des malades mentaux⁹⁹. Toujours dans le cadre du Conseil de l'Europe, nous l'avons vu¹⁰⁰, le Comité des Ministres a adopté les Recommandations N° R (83) 2 et 1235 (1994). Cette dernière Recommandation invite à actualiser la Recommandation N° R (83) 2 et met l'accent plus sur les droits des malades hospitalisés que sur la procédure de placement, reflétant ainsi la tendance législative nationale contemporaine¹⁰¹. A la suite de ces textes, le «Livre blanc» a élaboré les lignes directrices à utiliser pour réviser la Recommandation N° R (83) 2¹⁰². Enfin, en 2004, la Recommandation N° REC(2004)10 a fait sienne ces lignes directrices et a fourni le texte le plus actuel sur les garanties fondamentales qui doivent être assurées aux malades mentaux¹⁰³.

Sur un plan universel, les Principes des Nations Unies¹⁰⁴ constituent la référence obligée pour tout développement futur dans le domaine de la santé mentale¹⁰⁵. Par ailleurs, les Dix Principes de l'OMS s'y sont référés expressément pour élaborer, à la suite des demandes «fréquentes et pressantes» des Etats membres, «une énumération de principes de référence fondamentaux et de conseil de mise en œuvre»¹⁰⁶.

Par la suite, la réglementation de l'hospitalisation et du traitement des malades mentaux a affiché une nette tendance vers l'uniformisation des trois niveaux – national, régional et universel. Cette tendance à l'uniformisation ne sera jamais absolue, les spécificités et les moyens à disposition de chaque Etat devant être pris en compte. Il n'en demeure pas moins qu'un nombre croissant de législations internes a été l'objet de révisions depuis les années quatre-vingt¹⁰⁷. Les principes régionaux et universels de protection des malades mentaux ont été concrétisés dans ces révisions. Ils constituent les critères de l'uniformisation précitée, dans la mesure où ils représentent le seuil de sauvegarde minimal que toutes les législations nationales devraient garantir.

⁹⁹ Infra, II^e et III^e Parties.

¹⁰⁰ Supra, Introduction générale.

¹⁰¹ Préambule de la Recommandation 1235 (1994).

¹⁰² Note liminaire du «Livre Blanc».

¹⁰³ Préambule de la Recommandation N° REC(2004)10.

¹⁰⁴ Pour le texte complet de l'ensemble des Principes des Nations Unies ainsi que pour le rapport du Groupe de travail chargé de leur élaboration, Doc. ONU, E/CN.4/1991/39, du 5 février 1991.

¹⁰⁵ LEGEMAATE (2), p. 19 ainsi que ROSENTHAL/RUBENSTEIN, pp. 257-300. Ces derniers auteurs affirment que les Principes des Nations Unies contiennent «*a litany of crucial rights in mental health treatment*».

¹⁰⁶ Préambule des Dix Principes de l'OMS.

¹⁰⁷ A titre d'exemple, la Loi italienne N° 180, la Loi belge du 26 juin 1990 ainsi que la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990.

La notion «juridique» de malade mental objet de notre étude sera dès lors strictement liée à la réglementation de l'hospitalisation et du traitement des malades mentaux. Afin de mieux comprendre les développements qui suivront, il convient tout d'abord de présenter brièvement les systèmes internes traitant les malades placés contre leur gré.

b) Dément, aliéné, malade mental, handicapé mental: une évolution

En droit interne, la réglementation de l'hospitalisation et du traitement des malades mentaux se trouve principalement dans deux systèmes juridiques de contrôle de la condition de ces derniers, à savoir le système pénal et le système de santé mentale. Ces deux systèmes avaient chacun adopté une terminologie propre, dont l'acception juridique était distincte. Actuellement, nous assistons à une profonde évolution structurelle allant dans le sens d'une intégration graduelle (1). L'utilisation progressive de l'expression «malade mental» de manière identique dans les deux systèmes constitue la preuve de cette évolution. De nos jours, cette expression est la plus appropriée dans le cadre de l'hospitalisation et du traitement des personnes souffrant d'affections mentales, qu'il s'agisse de délinquants ou non (2). Son emploi s'étend progressivement des nouvelles législations nationales aux textes internationaux. Elle ne peut pas encore être remplacée par le terme de «handicapé mental», car l'acception de ce dernier est pour le moment encore trop imprécise (3).

1) Dément et aliéné

Par le passé, le système pénal s'occupait des malades délinquants ou déments (i) tandis que le système de santé mentale traitait les malades non délinquants ou aliénés (ii). Actuellement, cette distinction, comme les termes «dément» et «aliéné», est considérée comme dépassée. Le système pénal tend de plus en plus à se référer au système de santé mentale et aux solutions adoptées par celui-ci. Un désir de réforme consistant en l'intégration des deux systèmes commence à voir le jour (iii).

¹⁰⁸ Art. 64 de l'ancien Code pénal français, 71 du Code pénal belge ainsi que 34 et 36 du Code pénal grec. Parfois, d'autres expressions sont utilisées en lieu et place du terme démence, ainsi les art. 88 et 89 du Code pénal italien parlent de «*infermità psichica*»; la signification reste toutefois la même.

i) *Dément: le système pénal*

Les systèmes pénaux nationaux utilisent les termes «démence»¹⁰⁸ et «dément»¹⁰⁹. «Démence» est en effet un terme de droit pénal, dont l'acception juridique diffère de l'acception psychiatrique.

En psychiatrie, la démence possède deux significations bien précises, à savoir la «démence précoce», en tant que synonyme de schizophrénie, et la «démence sénile» comme forme particulière de maladie mentale d'origine organique caractérisée par une perte de mémoire et une grave diminution des facultés intellectuelles¹¹⁰.

En droit interne, le terme «démence» comprend toutes les formes de maladie mentale et est utilisé comme synonyme pénal d'aliénation mentale¹¹¹. Il désigne plus précisément l'aliénation mentale du délinquant. Juridiquement, le mot «démence» possède une acception très large, englobant toute maladie mentale, faiblesse d'esprit ou altération de la conscience; il qualifie non seulement tous les syndromes psychologiques d'aliénation mentale, aigus ou chroniques, comme la schizophrénie et la maniaco-dépression, mais aussi les états graves de déséquilibre mental, comme les psychopathies et les névroses, et les formes graves de débilité mentale telle que l'idiotie¹¹². Le dément est l'individu qui, en raison d'un état de démence, est dépossédé du contrôle de ses actes ainsi que de la faculté d'apprécier le caractère illicite de ses actes au moment même où il les commet.

L'état de démence doit être constaté juridiquement. Pour ce faire, le juge a besoin de recourir aux services d'un expert psychiatrique qui puisse se prononcer en connaissance de cause sur l'affection psychique dont l'individu est atteint¹¹³.

¹⁰⁹ Certaines législations pénales préfèrent les termes de «délinquant anormal» ou de «personnes souffrant d'arriération mentale» au terme «dément», citons respectivement l'art. 43 CPS et l'art. 7 du Code pénal néerlandais.

¹¹⁰ Supra, I^e Partie, section B), sous-section a).

¹¹¹ Le terme juridique français «démence» se traduit dans le droit pénal de langue anglaise par «*insanity*», qui est aussi utilisé en droit privé pour désigner l'absence de l'exercice des droits civils consécutive à une anomalie psychique. «*Mental disorder*» est le terme anglais pour «aliénation mentale». Le terme «*mental illness*» possède en anglais une acception surtout médicale/psychiatrique et se réfère uniquement aux névroses et aux psychoses. Pour une analyse de ces nuances terminologiques en droit et en psychiatrie de langue anglaise, CAMPBELL/HEGINBOTHAM, pp. 36-37 et 54-55 ainsi que WHITEHEAD, p. 5.

¹¹² BOULOC/LEVASSEUR/STEFANI, pp. 347-350 et LARGUIER, p. 412. Pour une définition psychiatrique, supra, I^e Partie, section B), sous-section a), ainsi que les références citées.

¹¹³ L'existence de la démence en procédure pénale n'est pas présumée. Il s'agit d'une question de fait du ressort de la libre appréciation du juge. En pratique, ce dernier demande toujours une expertise psychiatrique afin que soit constaté avec plus de certitude l'état de démence et son degré. Cette expertise n'a qu'un caractère consultatif; le pouvoir d'appréciation du juge demeure entier. Il est toutefois assez rare que le magistrat s'en déporte complètement, BOULOC/LEVASSEUR/STEFANI, pp. 347-350 ainsi que EAVES/ROESCH/WEBSTER et RAPPEPORT, pp. 394-398 et RASCH.

L'irresponsabilité pénale du dément constitue la conséquence directe de la constatation d'un état de démence¹¹⁴. La situation du délinquant dont la démence au moment de l'acte n'est pas totale, diffère selon l'existence dans les codes pénaux nationaux du système de l'irresponsabilité partielle. En cas d'absence d'un tel système, le dément demeure légalement responsable, mais le juge peut le mettre au bénéfice de circonstances atténuantes lors de la fixation de la peine¹¹⁵. Lorsque le système de l'irresponsabilité partielle existe, le dément ne sera déclaré légalement responsable qu'en proportion de sa capacité d'apprécier le caractère illicite de son acte et la peine sera fixée en conséquence¹¹⁶.

Le terme «démence», ainsi que sa valeur juridique, apparaissent dès lors liés au délinquant malade mental et à sa punissabilité.

ii) *Aliéné: le système de santé mentale*

Les termes «aliénation» et «aliéné» appartiennent aux systèmes juridiques nationaux de santé mentale¹¹⁷. Il s'agit d'une terminologie de droit public¹¹⁸

¹¹⁴ Le Lexique de termes juridiques, Dalloz, 8^e éd., Paris, 1990, p. 173, qui définit la «démence» comme «une atteinte d'ordre psychique ou neuropsychologique des facultés mentales d'une personne dont la responsabilité pénale est en cela écartée».

¹¹⁵ Le système de l'irresponsabilité totale avait été choisi en France avant l'entrée en vigueur, le 22 juillet 1992, du nouveau Code pénal. L'art. 64 de l'ancien Code ne prévoyait que l'irresponsabilité totale. Sur cette problématique, LARGUIER, pp. 412-419. Ce système est encore en vigueur en Belgique, où l'art. 71 du Code pénal stipule qu'il n'y a pas d'infraction, lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment des faits.

¹¹⁶ Par exemple, les art. 10, 11 et 66 CPS et 19 al. 1 et 2 nCPS; les art. 122-1, 88 et 89 du Code pénal italien et 20 et 21 du Code pénal allemand. La jurisprudence italienne a même codifié la substance de la distinction effectuée entre démence complète et démence partielle: «la differenza tra vizio parziale e vizio totale di mente è di carattere prevalentemente quantitativo, mentre il loro comune presupposto è ravvisabile in un'infermità che incida sulla sfera psichica del soggetto e sulla di lui capacità di intendere e di volere, differendo solo nel *quantum* di tale incidenza che darà vita al vizio totale, ove sia tale da escludere la detta capacità, ed a quello parziale, ove scemi grandemente, senza escluderla, la capacità stessa», STELLA/ZUCCALA, pp. 198-199; CRESPI/ZUCCALA/STELLA (1) et CRESPI/ZUCCALA/STELLA (2), ad art. 122-1, 88 et 89. Quoiqu'il en soit, en cas de démence partielle, la différence entre le régime de l'irresponsabilité totale et celui de l'irresponsabilité restreinte ne porte que sur la déclaration de responsabilité légale du dément. Du point de vue de la fixation de la peine, on obtient le même résultat, la peine étant réduite proportionnellement au degré de la démence. Il existe une tendance à réviser les codes pénaux nationaux en y intégrant le système de la responsabilité atténuée, celle-ci étant plus conforme à la notion pénale de l'imputabilité psychique du fait délictueux, dans ce sens JANSSEN, pp. 37-42 et 115-121 et pour un aperçu de quelques codes pénaux, UNICRI, pp. 217-218.

¹¹⁷ L'ancienne Loi française du 30 juin 1838 sur les aliénés évoque des personnes souffrant «d'état d'aliénation» et l'ancienne Loi italienne N° 36 du 14 février 1904 fait référence à des personnes atteintes «d'aliénation mentale» (*persona affetta da alienazione mentale*).

¹¹⁸ Cette terminologie est désormais abandonnée au profit d'autres expressions plus modernes, infra, I^e Partie, section D, sous-section b), par. 2 et sous-section c).

dont la signification correspond dans les grandes lignes à la signification psychiatrique¹¹⁹. Si le terme «aliéné» désigne «toutes les personnes qui ne jouissent pas de toutes les facultés intellectuelles caractéristiques de l'homme sain et qui sont dépourvues de cet état de complet bien-être mental qui est l'apanage de l'être équilibré»¹²⁰, l'expression «aliénation mentale» signifie en général «toute altération des facultés mentales telle que l'individu n'a pas pleinement conscience des actes ou des faits dont il est l'auteur»¹²¹. Par une telle définition, c'est la protection du malade mental qui est recherchée et le terme «aliénation» trouve son application juridique chaque fois que l'état de l'individu nécessite un traitement psychiatrique.

La plupart des législations nationales sur la santé mentale prévoient des procédures de placement involontaire dans des établissements psychiatriques pour cause d'aliénation¹²². La désignation des autorités internes compétentes pour déclencher de telles procédures varie en fonction de choix juridiques et politiques. Certains Etats confèrent une telle compétence à des tribunaux ordinaires¹²³; d'autres se contentent d'une autorité administrative¹²⁴; d'autres encore ont constitué des «tribunaux psychiatriques», généralement sous la forme de commissions mixtes dans lesquelles des psychiatres côtoient des juristes et/ou des assistants sociaux¹²⁵. Quoi qu'il en soit, presque tous les systèmes juridiques exigent l'élaboration d'une expertise psychiatrique sur la nécessité d'une telle mesure indépendamment de l'autorité compétente. Cette expertise est d'une valeur équivalente à celle portant sur l'état de démence. Elle n'est que consultative mais les autorités, y compris les tribunaux psychiatriques, s'en départissent rarement¹²⁶.

¹¹⁹ Supra, I^e Partie, section B, sous-section a), ainsi que POROT, p. 35.

¹²⁰ Constitution de l'OMS du 22 juillet 1946.

¹²¹ Le Lexique de termes juridiques, Dalloz, 8^e éd., Paris, 1990, p. 30.

¹²² Les législations nationales réglementent également d'autres procédures d'hospitalisation lorsque l'état d'aliénation du malade l'exige. Il existe des procédures d'admission et de sortie de personnes hospitalisées de leur plein gré ou à la demande de leur famille ainsi que des procédures d'admission d'urgence, infra, notamment II^e Partie, section B, sous-section b) et DOURAKI (1), pp. 125-177.

¹²³ Par exemple, la Loi autrichienne N° 155 du 1 mars 1990.

¹²⁴ Par «autorité administrative», il faut entendre une autorité non judiciaire. La Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990, qui désigne à Paris le Préfet de police et, dans les autres Départements, les Préfets, en constitue un exemple.

¹²⁵ A Genève, notamment, la Loi K 1 25, anciennement K 1 12, prévoit que la décision finale d'hospitalisation est prononcée par Conseil de surveillance psychiatrique qui est composé de six médecins, dont quatre sont des psychiatres, d'un (e) infirmier (ère) en psychiatrie, d'un magistrat ou ancien magistrat du pouvoir judiciaire, de deux avocats et de deux travailleurs sociaux (art. 24-27 et 15). Voir également, infra, III^e Partie, section A, sous-section d) par. 3, i).

¹²⁶ Infra, II^e Partie, section C, sous-section b).

Le terme «aliéné», ainsi que sa valeur juridique, apparaissent donc liés à l'hospitalisation, au traitement du malade mental non délinquant et aux procédures qui y sont relatives.

iii) L'intégration progressive des deux systèmes

De nos jours, la distinction entre les systèmes nationaux pénaux et sanitaires et, par conséquent, celle entre démence et aliénation ainsi qu'entre dément et aliéné, sont considérées comme quelque peu dépassées. Il y a deux raisons principales à cela.

La première réside dans la tendance du système de la justice criminelle à recourir de plus en plus, expressément ou par la pratique judiciaire, aux structures mises en place par le système de santé mentale. En général, le malade mental délinquant ayant été déclaré irresponsable en raison de son état de démence ne fait pas l'objet d'une peine privative de liberté¹²⁷. Le juge pénal décidera, après consultation des experts psychiatres, de l'hospitalisation et du traitement dudit malade. Même en cas de responsabilité restreinte, il est d'usage, selon le degré de démence, de substituer tout ou une partie de la peine atténuée par une hospitalisation¹²⁸. Dans certains codes pénaux, aucune procédure ne prévoit l'adoption de mesures de substitution à la peine privative de liberté pour les délinquants malades mentaux. Une fois déclarés irresponsables, ceux-ci sont libérés dans l'attente d'être soumis au régime instauré par le système de santé mentale¹²⁹. Toutefois, si selon le rapport psychiatrique le dément apparaît comme gravement atteint, les juges pénaux ne pourront prononcer un jugement d'irresponsabilité qu'après la décision des autorités sanitaires sur l'hospitalisation obligatoire. Ces développements illustrent la façon dont l'interaction entre les systèmes nationaux de protection des malades mentaux atténue fortement la nécessité d'une distinction.

La seconde raison trouve son origine dans les critiques émises à l'encontre de l'utilisation pénale de la notion de démence et de l'irresponsabilité légale du dément. Tout d'abord, l'impossibilité de juger les déments est considérée

¹²⁷ Notamment, art. 43 CPS et 56ss nCPS ainsi que 222 du Code pénal italien.

¹²⁸ Dans ce cas, l'exécution de la peine privative de liberté, atténuée en fonction du degré de responsabilité du délinquant malade mental est suspendue aussi longtemps que l'hospitalisation et/ou le traitement apparaît nécessaire. Puis, le juge pénal, après avoir entendu un expert psychiatrique, décidera si, et dans quelle mesure, les peines suspendues seront exécutées à l'occasion de la libération de l'hôpital ou de la fin du traitement. Le juge pourra y renoncer totalement s'il y a lieu de craindre que l'effet thérapeutique de la mesure de sûreté n'en soit sérieusement affecté.

¹²⁹ C'est le cas de la France, dont ni l'ancien ni le nouveau Code pénal ne prévoient des mesures de sûreté pour les délinquants malades mentaux, voir respectivement l'ancien art. 64 et le nouvel art. 122-1. Leur traitement est régi par la Loi N° 90-527 du 27 juin 1990.

comme un élément de législation peu avancée, qui met l'accent sur la différence et exclut ces malades de la vie normale, dans laquelle chacun doit assumer ses responsabilités¹³⁰. Ensuite, le principe de l'irresponsabilité en soi n'a plus sa force d'antan. La psychiatrie moderne a démontré qu'une responsabilité pénale du malade mental n'est plus inconcevable. Des expériences ont révélé que même dans les cas les plus pathologiques, les déments pouvaient avoir conscience du blâme découlant de leur conduite délictueuse et pouvaient, du point de vue thérapeutique, tirer profit du châtement infligé par le conseil de discipline de l'établissement hospitalier les ayant accueillis¹³¹. La tendance actuelle *de lege ferenda* consiste à considérer que tout délit, y compris celui commis sous l'emprise d'un trouble mental, doit relever du droit commun et du principe de la responsabilité civile et pénale¹³².

Il convient de soutenir l'élaboration d'un droit pénal qui, partant du principe de la responsabilité du délinquant malade mental, prévoit des sanctions spécifiques en fonction de la situation de ce dernier et exécutées dans les établissements psychiatriques. Ces sanctions doivent être prononcées dans un but thérapeutique-répressif et permettre également le traitement ambulatoire dans le cas où l'état du malade peut s'en accommoder¹³³. Il s'agit en d'autres termes de développer et d'affiner la procédure de recours à des mesures de sûreté en remplacement de la peine privative de liberté, en tenant compte des procédures instaurées par les lois sur la santé publique les plus avancées¹³⁴.

Concrètement et pour parvenir à cela, il suffit d'intégrer directement dans les codes pénaux nationaux le régime instauré par les systèmes nationaux de santé mentale. La seule différence serait que, face à un délinquant malade mental, le juge pénal continuerait à être l'autorité saisie en dernier

¹³⁰ Colloque «Le terre di nessuno», Congrès international du Réseau européen de l'alternative à la psychiatrie, Rome, du 2 au 6 mai 1984.

¹³¹ JEANDIDIER, pp. 378-379 et STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, pp. 352-353.

¹³² Dans ce sens, l'ouvrage avant-coureur de BARDENAT/POROT, pp. 141-142.

¹³³ Il s'agit, au demeurant, d'une théorie ayant une certaine maturité, RAYMONDIS, pp. 330-342, ainsi que PONCELA, pp. 61-68.

¹³⁴ Le Code criminel du Canada constitue l'exemple d'une intégration partielle du régime instauré par le système de santé mentale. Il a été modifié en 1991 par l'insertion d'un certain nombre de définitions, dont celle de «troubles mentaux» et surtout d'une nouvelle Partie XX. 1 sous le titre de «Troubles mentaux». Cette nouvelle partie traite notamment des procédures aux termes desquelles les accusés atteints de troubles mentaux peuvent être détenus dans un centre de soins. Pour une étude, UNICRI, pp. 9-26.

recours¹³⁵. Ainsi, si l'autorité judiciaire pénale n'est pas dessaisie du dossier après avoir reconnu la maladie mentale et collabore avec les psychiatres dans cadre du traitement du malade, ce dernier jouit d'un statut spécial fondé sur sa double qualité de délinquant et de malade mental. L'effet thérapeutique répressif de la sanction est alors sauvegardé¹³⁶. Une pratique commence du reste à se développer dans ce sens. Que le délinquant malade mental soit déclaré totalement ou partiellement responsable, les juges pénaux adoptent désormais la même attitude; ils s'en remettent à la structure mise en place par les systèmes de santé mentale. Ces systèmes prennent en charge le délinquant malade mental et ils s'occupent de son traitement ainsi que de son insertion dans le tissu social¹³⁷.

En conclusion, l'emploi par les systèmes juridiques nationaux de justice criminelle ou de santé mentale, respectivement, des termes «dément» ou «aliéné» n'a aucune influence sur leur but principal, qui demeure la protection des malades mentaux, délinquants ou non. Dans les deux systèmes, une telle protection se réalise par le biais d'une décision judiciaire ou administrative ordonnant le traitement psychiatrique dans un hôpital ou en milieu ambulatoire¹³⁸. L'intégration progressive des deux systèmes, ou plutôt l'adaptation du système pénal au système de santé mentale, s'inscrit dans une logique de meilleure sauvegarde du malade mental en général et du malade mental délinquant en particulier.

¹³⁵ En Suisse, la réglementation par l'art. 43 CPS des mesures concernant les délinquants anormaux l'illustre. Cette disposition prévoit en effet que lorsque l'état mental d'un délinquant exige un traitement médical ou des soins spéciaux dans le but d'éliminer ou d'atténuer le danger de récidive, le juge peut ordonner le renvoi dans un hôpital ou dans un hospice. Dans ce cas, le juge suspend l'exécution de la peine privative de liberté. Lorsqu'il est mis fin à un traitement en établissement, faute de résultat, le juge décide si et dans quelle mesure des peines suspendues doivent être exécutées, le cas échéant, à l'occasion de la libération de l'établissement ou à la fin du traitement. Le juge peut renoncer totalement à l'exécution s'il y a lieu de craindre que l'effet de la mesure n'en soit sérieusement compromis. Le nouveau Code pénal suisse à ses art. 56 à 65 reprend et développe le même concept du juge statuant en dernier recours, tout en apportant une modification de taille puisque le condamné devra purger sa peine avant d'entrer dans la période d'internement dit de sécurité (art. 64 al. 2 nCPS). Nous y voyons un durcissement de la réglementation en matière d'internement. Voir également, HEER, pp. 573-734 ainsi que TRECHSEL (2), ad Art. 42-43 StGB.

¹³⁶ Dans ce sens, AUSSEL, pp. 16-17.

¹³⁷ A Genève, la même loi régit l'hospitalisation et le traitement des malades mentaux internés sans distinguer entre l'internement ordonné par les autorités pénales et le placement administratif ordonné par les autorités administratives, notamment art. 36 et 36A de la Loi genevoise K 1 25.

¹³⁸ La tendance actuelle consiste à soutenir la création d'institutions prodiguant des soins purement ambulatoires, en lieu et place de l'hospitalisation psychiatrique pour les malades mentaux, délinquants ou non, n'étant pas gravement atteints. Dans cet esprit, la Loi italienne N° 180 tient lieu de précurseur. Pour une analyse, notamment l'ouvrage de PIZZI, pp. 20-28. Dans le canton de Vaud, notamment à Payerne, «La Passerelle» – un EMS carcéral – accueillera les détenus psychiques qui évolueront dans un univers à mi-chemin entre la prison, l'hôpital et l'atelier protégé, AEBI, Ch., Payerne: La porte est ouverte à l'EMS sécurisé, 24 heures, 3-4 février 2001.

2) Malade mental: un terme symbole d'intégration et de modernité

Le changement terminologique qui caractérise les récentes réformes législatives nationales constitue un signe de ce besoin croissant d'intégration progressive des systèmes pénaux et sanitaires de protection des malades mentaux. Certains articles des codes pénaux nationaux relatifs aux délinquants déments ont été révisés. Le terme «démence» a été remplacé par l'expression de malade mental ou par celle de personnes souffrant d'arriération mentale ou de déficience mentale¹³⁹. La majorité des législations nationales en matière de santé mentale ont substitué au terme «aliéné» les expressions «malade mental» ou «personne atteinte de troubles mentaux»¹⁴⁰. Les textes modifiés n'utilisent plus de façon distincte les termes «dément» et «aliéné». Ils emploient en lieu et place tout simplement l'expression «malade mental»¹⁴¹, respectivement ses synonymes.

La substitution des termes «dément» et «aliéné» par le terme «malade mental» s'explique également par le fait que les premiers sont désormais dépassés. Ils possèdent une acception péjorative. Ils sont en effet synonymes d'exclusion, de ségrégation sociale et évoquent le régime primitif des asiles de fous ainsi que le préjugé d'incurabilité des malades mentaux¹⁴². La psychiatrie moderne a démontré la capacité du malade mental de s'intégrer dans la vie quotidienne. Cette intégration correspond même à une nécessité thérapeutique en vue d'une possible amélioration de l'état psychique du malade mental. Ce dernier doit alors être considéré comme un malade ordinaire et

¹³⁹ Selon l'art. 122-1 du nouveau Code pénal français n'est, notamment, «pas pénalement responsable la *personne* qui était *atteinte*, au moment des faits, *d'un trouble psychique ou neuropsychique* ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes». Le Code pénal belge évoque également les «*malades mentaux* incapables de discernement». L'art. 59 du nCPS a abandonné le titre de «Mesures concernant les délinquants anormaux» de l'art. 43 CPS pour traiter sous le chapitre «Mesures thérapeutiques institutionnelles» du «Traitement des troubles mentaux».

¹⁴⁰ A titre d'exemples, la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990 qui remplace la Loi du 30 juin 1838, la Loi belge du 26 juin 1990 qui remplace la Loi du 18 juin 1850, la Loi italienne N° 180 qui remplace la Loi du 14 février 1904 et n'utilise que les termes généraux de «*infermi*» ou de «*persona affetta da malattia mentale*», et, enfin, la Loi brésilienne N° 10216 du 6 avril 2001. Pour un aperçu comparatif, CURRAN/HARDING, pp. 11-40.

¹⁴¹ Un des exemples le plus réussi de l'uniformisation terminologique au sein des législations pénales et sanitaires de protection des malades mentaux est fourni par la France, où le nouveau Code pénal ainsi que la Loi N° 90-527 du 27 juin 1990, se réfèrent indistinctement aux «personnes atteintes de troubles psychiques (ou mentaux)», les termes «dément» et «aliéné» ayant disparu.

¹⁴² Voir les développements sur l'évolution historique de la notion d'aliéné, supra, I^e Partie, section A, sous-section b). Selon certains auteurs, toutefois, les termes «dément» et «aliéné» n'ont en soi rien de négatif. En effet, quelle que soit l'expression employée, elle sera toujours assimilée à un comportement étrange de ceux qu'il désigne, BERSIER, p. 90. Il convient toutefois de replacer les propos de BERSIER et de ses collègues dans le contexte de l'époque à laquelle ils furent rédigés. Depuis 1968, les mentalités ont sensiblement évolué.

traité autant que possible dans les mêmes lieux que celui-ci¹⁴³. Le droit, dans son souci de protéger le malade mental, ne pouvait rester indifférent à cette conception médicale moderne¹⁴⁴. Dans le domaine de la maladie mentale, la psychiatrie et le droit apparaissent complémentaires. De manière générale, la psychiatrie fixe le diagnostic et le traitement approprié, tandis que le droit contrôle de telles décisions. L'expression moderne de malade mental prend ainsi progressivement la place des termes dépassés de dément et d'aliéné. Afin de souligner davantage l'assimilation des malades mentaux aux malades ordinaires, certaines lois nationales commencent à utiliser le terme «patient»¹⁴⁵.

Sur le plan international, l'expression de «handicapé mental» fait son apparition.

3) Handicapé mental: un terme encore trop imprécis

La Communauté internationale ainsi que certains organes régionaux discutent actuellement de l'éventuel emploi du terme «handicapé mental». Une telle utilisation viserait à souligner la nécessité de promouvoir l'intégration familiale, sociale, éducative ou professionnelle ainsi que l'égalité des chances du malade mental, au même titre que pour les handicapés physiques. Son emploi reste pour l'instant limité à quelques textes universels ou régionaux.

Cette expression apparaît sous la forme un peu modifiée de «déficient mental affecté de handicap» dans la Déclaration des droits du déficient mental de l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁴⁶. Elle est reprise dans la Déclaration des droits des personnes handicapées de l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁴⁷ et dans la Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à une politique cohérente en matière de réadaptation des personnes handicapées¹⁴⁸.

¹⁴³ Supra, I^{er} Partie, section B, sous-section c).

¹⁴⁴ La conception de la psychiatrie moderne de la maladie mentale a provoqué un vaste mouvement de réforme législative apte, d'une part, à assurer du mieux possible l'intégration des malades mentaux dans la société et, d'autre part, à réduire au minimum le risque de ségrégation et d'abus. Les changements apportés ne se limitent pas à des simples questions terminologiques mais concernent, au contraire, plusieurs aspects de la protection juridique du malade mental. Ils transparaîtront tout au long de notre travail.

¹⁴⁵ Voir l'art. 1^{er} de la Loi d'Israël 5751 de 1991, qui définit le «patient» comme «toute personne atteinte d'un trouble mental», ainsi que l'art. 1^{er}, Partie II de la Loi du Qatar de 1989. Le terme de «patient» est également celui retenu par le Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni ainsi que par l'art. 1^{er} de la Loi du Luxembourg du 8 août 2000.

¹⁴⁶ Déclaration des droits du déficient mental, Résolution 2856 (XXVI) du 20 décembre 1971 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

¹⁴⁷ Déclaration des droits des personnes handicapées, Résolution 3447 (XXX) du 9 décembre 1975 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

¹⁴⁸ Résolution de l'Accord partiel dans le domaine social et de la santé publique du Conseil de l'Europe AP (84) 3 relative à une politique cohérente en matière de réadaptation des personnes handicapées.

Dans ces textes, la notion de «handicapé mental» est utilisée pour désigner la vaste catégorie des handicapés au sens large, c'est-à-dire de toute personne atteinte d'incapacité physique ou psychique. Elle est employée pour mettre en évidence le besoin de prestations spéciales fournies par l'Etat¹⁴⁹.

Lorsqu'il ne se réfère qu'à la catégorie des malades mentaux, comme c'est le cas dans la Résolution du Parlement européen sur les droits des handicapés mentaux¹⁵⁰, le terme «handicapé mental» ne constitue pas un «Ersatz» juridique du terme «malade mental». En effet, ce terme ne peut pas être utilisé indifféremment par toutes les législations nationales pénales et sanitaires, ce pour deux raisons.

Premièrement, la notion de «handicapé mental» possède une acception très large. Comme nous l'avons vu, son utilisation a pour but de souligner la nécessité de développer et de concrétiser toute une série de droits, afin que ces malades puissent bénéficier de possibilités d'éducation, de formation, d'emploi, de sécurité sociale, d'assistance et de logement nécessaires à leur intégration sociale ainsi qu'à leur autonomie¹⁵¹. Une interprétation restrictive risquerait d'exclure certains malades du champ d'application de ces droits. Par cette expression, il faut en effet comprendre «toute personne dans l'incapacité d'assurer par elle-même tout ou partie des nécessités d'une vie individuelle ou sociale normale, du fait d'une déficience, congénitale ou non, de ses capacités psychiques»¹⁵². De plus, cette même personne, du fait de l'altération de ses capacités psychiques, «expérimente une déficience ou une incapacité sur le plan social et nécessite une réadaptation propre à la préparer physiquement et moralement à prendre ou à reprendre une place normale dans la

¹⁴⁹ DESPOUY, p. 14.

¹⁵⁰ Résolution sur les droits des handicapés mentaux, adoptée par le Parlement européen le 16 septembre 1992.

¹⁵¹ Le concept de nécessité de réadaptation et de réinsertion sociale compris dans le terme «handicapé mental» n'est du reste pas étranger au terme «malade mental». A titre d'exemple, il suffit de citer l'article 1^{er} de la Loi française N° 90-527, qui indique que «la lutte contre les maladies mentales comporte des actions de prévention, de diagnostic, de soins, *de réadaptation et de réinsertion sociale*», ainsi que l'art. 54 du Code de la santé publique du Salvador, qui charge le Gouvernement d'organiser des activités dans le domaine de la santé mentale aux fins d'étude, de recherche, de prévention, de traitement et de *réadaptation* concernant les maladies et troubles mentaux. Il est clair que dans le contexte du «malade mental», la notion de réadaptation et de réinsertion sociale est liée à celle de traitement. Pour résumer, les soins dispensés en cas de maladie mentale doivent être aptes à favoriser la réadaptation et la réinsertion du malade. Il s'agit d'une interprétation plus restrictive que celle donnée au concept de réadaptation et de réinsertion sociale en relation avec le «handicapé mental».

¹⁵² Art. 1^{er} de la Déclaration des droits des personnes handicapées de l'Assemblée générale des Nations Unies. La formule contenue à l'art. 2 de la Décision N° 93/136/CEE du 25 février 1992 est plus complète; les personnes handicapées y sont définies «comme étant les personnes présentant des déficiences, incapacités ou handicaps sérieux résultant d'atteintes physiques, y compris sensorielles, mentales ou psychiques, qui limitent ou interdisent l'accomplissement d'une activité ou d'une fonction considérée comme normale pour un être humain».

collectivité»¹⁵³. Or, dans le domaine que nous avons choisi de traiter, il faut qualifier indistinctement toute personne dont l'état mental requiert une hospitalisation et/ou des soins appropriés. Il s'agit là d'une situation bien précise, qui a pour conséquence immédiate une restriction importante des droits de ladite personne. La notion utilisée doit être interprétée restrictivement.

Deuxièmement, les législations nationales utilisent divers critères pour définir ce qu'est une personne handicapée mentale. Ainsi, certaines se réfèrent à la déficience totale ou partielle des capacités psychiques. D'autres font état d'un désavantage sur le plan social, d'une incapacité à accomplir certaines fonctions physiologiques ou à obtenir et conserver un emploi. Dans certains cas, l'âge est également considéré comme un facteur d'incapacité¹⁵⁴. Ces législations tiennent généralement compte des conséquences de l'incapacité pour la personne concernée sur le plan culturel, socio-économique et des relations humaines. Parmi ces conséquences, il y a notamment l'incapacité d'exercer une fonction dans des domaines déterminés de la vie sociale ainsi que les limites dans les possibilités d'éducation, de réadaptation et d'emploi. Etant donné la complexité et la diversité de ces critères, la définition du concept de personne handicapée mentale varie sensiblement selon les pays et peut différer dans un même pays en fonction des diverses catégories de lois¹⁵⁵. S'il est vrai qu'il existe des tentatives afin de formuler des principes universels capables d'harmoniser les législations nationales vers les critères essentiels de la définition du handicap¹⁵⁶, elles sont encore loin d'avoir abouti. L'utilisation de l'expression «handicapé mental» dans la réglementation de l'hospitalisation et du traitement des personnes atteintes d'affections mentales risque, dès lors, d'entraîner des confusions, tandis qu'il existe un certain nombre de critères essentiels, désormais largement reconnus, qui permettent une application plus uniforme de l'expression «malade mental»¹⁵⁷.

¹⁵³ DESPOUY, p. 12.

¹⁵⁴ Pour un aperçu comparatif des différentes législations nationales en matière de handicapés mentaux et physiques, nous renvoyons à DESPOUY, p. 14 ainsi qu'aux références citées.

¹⁵⁵ Cette hétérogénéité dans les législations nationales traitant des handicapés mentaux avait déjà été relevée lors de la Conférence parlementaire sur les droits de l'homme, voulue par la Résolution 467 (1971) de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe. Voir, Conférence parlementaire sur les droits de l'homme, Vienne 18-20 octobre 1971, Strasbourg, 1972, pp. 50-52.

¹⁵⁶ DESPOUY propose une définition selon laquelle tout handicapé mental et physique serait «une personne atteinte d'un trouble fonctionnel, permanent ou prolongé, physique ou mental, qui, eu égard à l'âge et à l'environnement social de l'intéressé, entraîne des inconvénients importants pour son intégration familiale, sociale, éducative ou professionnelle et pour la jouissance effective de ses droits de l'homme», DESPOUY, p. 15.

¹⁵⁷ Pour une analyse des critères essentiels de la notion «juridique» de malade mental, infra, I^o Partie, section D, sous-section d).

Pour ces deux raisons, l'expression «malade mental» doit être considérée aujourd'hui comme la plus adéquate en droit pour désigner toute personne, délinquante ou non, dont l'état psychique exige une hospitalisation et/ou des soins appropriés. Le consensus à cet égard est, du reste, universel. L'expression «malade mental» ou ses synonymes les plus courants, soit «personne atteinte de maladie mentale» ou «personne atteinte de troubles mentaux», non seulement ont été retenus dans les nouvelles législations nationales pénales et sanitaires, mais également dans la plupart des textes internationaux récents. Il est possible de citer notamment la Recommandation N° R (83) 2¹⁵⁸, la Recommandation N° REC(2004)10¹⁵⁹ ainsi que les Principes des Nations Unies¹⁶⁰. Si l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH contient encore le terme d'«aliéné», c'est en raison de l'absence de révision de cette disposition depuis son adoption datant du 4 novembre 1950. Dans sa jurisprudence, la Cour fait plutôt usage de l'expression de «personne atteinte d'un trouble mental»¹⁶¹.

Il convient néanmoins de relever que le terme de «handicapé mental», utilisé au lieu de celui de «malade mental», recueille progressivement un certain consensus universel.

Le Rapport du Secrétaire général des Nations Unies du 24 juillet 2003 reproduit l'expression de «handicap mental» comme synonyme de «maladie mentale». A teneur dudit Rapport, cette expression inclut «les personnes souffrant de troubles intellectuels ou psychiatriques qui pourraient également être victimes d'une discrimination fondée sur une maladie mentale supposée, ou qui, dans le passé, ont suivi un traitement ou ont été hospitalisées pour troubles mentaux»¹⁶². Le Rapport précité vise notamment à dénoncer et à lutter contre toute discrimination en raison d'un handicap mental¹⁶³. Un chapitre entier est dédié au placement d'office du handicapé atteint de troubles mentaux et aux garanties de procédure qui s'offrent à lui. D'où l'amalgame entre les deux questions. Cet amalgame ouvre peut-être la voie, à court terme, au remplacement définitif de l'expression de «malade mental»

¹⁵⁸ Recommandation N° R (83) 2.

¹⁵⁹ Art. 1 de la Recommandation N° REC(2004)10.

¹⁶⁰ Principe 1 des Principes des Nations Unies.

¹⁶¹ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 40. Pour une analyse de la notion de «malade mental» contenue dans la Convention et précisée par la jurisprudence de ses organes, *infra*, II^e Partie, section B, sous-section a) et b).

¹⁶² Rapport du Secrétaire général, Doc.ONU/A/58/181, du 24 juillet 2003, point I B, par. 4.

¹⁶³ Ce rapport a été établi en vue de contribuer aux discussions et de faire des propositions pour l'élaboration d'une Convention internationale globale et intégrée pour la promotion et la protection des droits et de la dignité des handicapés, Rapport du Secrétaire général, Doc.ONU/A/58/181, du 24 juillet 2003, point I A, par. 3; Note du Secrétaire général, Doc.ONU/A/56/263, du 2 août 2001 et Note du Secrétaire général, Doc.ONU/A/57/357, du 27 août 2002.

par celle de «handicapé mental»¹⁶⁴. Si tel devait être le cas, l'acception de celle-ci devrait être revue dans un sens très restrictif.

En résumé, le droit interne qualifie une personne atteinte de troubles psychiques de «dément» ou d'«aliéné» selon qu'il s'agit d'un délinquant ou non. Ce n'est pas l'affection psychique dont cette personne souffre qui est déterminante. Au contraire et d'une façon générale, les termes «démence» et «aliénation» désignent le même type de maladie mentale. Alors, le critère essentiel permettant de distinguer entre un dément et un aliéné demeure le fait de savoir si la personne malade relève formellement du système national pénal ou sanitaire. La distinction entre ces deux systèmes s'estompe toutefois de plus en plus, le régime – qu'il soit administratif ou judiciaire – visant surtout la protection et le traitement de ces malades dans un milieu hospitalier. Une telle intégration structurelle ne pouvait pas ne pas déboucher sur une uniformisation de la terminologie. Les termes «dément» et «aliéné» sont progressivement remplacés par l'expression «malade mental», reflétant l'assimilation, encouragée par le milieu psychiatrique, des malades mentaux aux malades ordinaires, ainsi que la nécessité thérapeutique de promouvoir leur réinsertion dans la société.

L'importance pour la protection des malades mentaux du choix du terme approprié ne doit pas être sous-estimée car ce dernier reste le miroir de l'attitude de la psychiatrie et du droit à leur égard. Même si le terme adéquat est choisi, l'interprétation de la notion «juridique» de malade mental reste une affaire complexe, principalement en droit international.

c) Le droit confronté à la recherche d'une définition de la notion de «malade mental»

Rien ne pourrait paraître plus simple que la recherche d'une telle définition. La notion «juridique» de malade mental se réfère, dans un premier temps, à l'acception médicale. Ce n'est qu'ensuite que des critères juridiques essentiels – qui dans notre domaine sont strictement liés à la problématique de l'hospitalisation et du traitement de l'individu malade – y sont associés.

¹⁶⁴ A ce propos, l'Exposé des motifs de la Recommandation N° REC(2004)10, §§ 22-25, affirme que cette dernière contient des dispositions qui peuvent concerner les malades mentaux comme les handicapés mentaux et les énumère. L'Exposé des motifs explique également les raisons pour lesquelles le terme de «handicapé mental» n'est pas adéquat et souligne les différences qui existent entre les personnes atteintes de handicap mental et celles atteintes de maladie mentale.

Ce qui apparaît aussi clair et simple en théorie se complique en pratique, surtout quand les législateurs internationaux éprouvent le besoin de définir expressément la notion de «malade mental». Un tel besoin est moins ressenti par les législateurs nationaux qui définissent plutôt cette notion par référence à des critères psychiatriques et juridiques internes uniformes (2). Les législateurs internationaux, en revanche, élaborent des textes dans lesquels la notion de malade mental est définie d'après des critères psychiatriques et juridiques communs, non pas à une seule, mais à plusieurs législations étatiques (3). Il s'agit d'une tâche ardue, puisque les données psychiatriques peuvent varier sensiblement d'un pays à l'autre. Tel est par exemple le cas pour la psychiatrie anglo-saxonne et française. Par ailleurs, la nature évolutive de certaines formes de maladie mentale est susceptible de remettre en cause, en tout temps, la teneur et la portée d'une définition établie de la notion de «malade mental» (1).

1) L'évolution incessante de la notion de «malade mental»

En psychiatrie, la notion de «malade mental» constitue un concept évolutif. Certains troubles mentaux s'avèrent être en partie une réaction aux conditions sociales, humaines et affectives du quotidien dans lequel le malade vit. Ces conditions se modifient avec les années et provoquent une évolution tant des troubles que de la recherche médicale¹⁶⁵.

D'après le Projet DAES¹⁶⁶, une définition juridique de la notion de «malade mental» ne pourrait s'adapter assez rapidement aux évolutions médicales précitées.

Comme le souligne également la Cour, la notion de «malade mental» en droit «ne se prête pas à une définition définitive, car son sens évolue sans cesse avec le progrès de la recherche psychiatrique, la souplesse croissante du traitement et les changements d'attitude de la communauté envers les maladies mentales, notamment dans la mesure où se répand une plus grande compréhension des problèmes des patients»¹⁶⁷.

En sus de cette jurisprudence, la Recommandation N° 818 (1977) ajoute que «les critères de la maladie mentale changent d'une époque à l'autre et d'un lieu à l'autre et que le rythme de travail, le stress et la structure

¹⁶⁵ Supra, I^e Partie, section B, sous-section c).

¹⁶⁶ Projet DAES, pp. 32-33.

¹⁶⁷ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 37 ainsi que DOURAKI (5), pp. 447-448.

sociologique de la vie moderne¹⁶⁸ ont créé des troubles psychiques d'un genre nouveau¹⁶⁹. Selon le Rapport sur la situation des malades mentaux¹⁷⁰, qui a précédé l'adoption de ladite Recommandation, par troubles psychiques d'un genre nouveau, il faut comprendre «ces troubles psychogènes évolutifs, qui ne sont pas nettement attribuables à une lésion structurelle du cerveau ou du système nerveux»¹⁷¹. Il s'agit alors de l'ensemble des psychoses, y compris les névroses et les psychopathies¹⁷².

Confrontés à la difficulté de fournir une définition précise de la notion de «malade mental», les législateurs nationaux et internationaux renvoient pour le surplus aux critères médicaux.

2) Les textes nationaux

Les solutions nationales sont très variées. Certaines lois ne définissent pas le malade mental, se limitant à énoncer la conséquence pour l'individu qualifié comme tel, à savoir l'hospitalisation. Elles utilisent notamment l'expression «personne atteinte d'une maladie mentale et qui ne peut pas recevoir un traitement ou des soins médicaux appropriés d'une quelconque autre façon que dans un hôpital»¹⁷³. La signification de la notion de «malade mental» est souvent exprimée indirectement; les travaux préparatoires ainsi que la jurisprudence des tribunaux internes fournissent des indications sur le sens

¹⁶⁸ Les sociologues mettent surtout en évidence les changements de structure sociale liés à l'exode rural et à l'éclatement de la cellule familiale dans un but d'élévation sociale à tout prix. TABONE et VOOGD ont longuement développé ce concept dans l'avant-projet, comme dans le projet, du Rapport sur la situation des malades mentaux. Selon eux «toute une série de troubles psychiques sont apparus, liés au rythme de travail de la société technologique et également aux nouvelles structures sociologiques. L'exode rural par exemple a mis fin à la cohabitation entre jeunes et vieux. Des membres isolés de la famille sont davantage exposés aux troubles psychiques, notamment les personnes âgées. Les progrès techniques constants et la nécessité de produire toujours davantage pour favoriser la croissance économique ont entraîné, au cours des derniers décennies, une modification des conditions de travail et des conditions de vie de la population si radicales que les modes de vie traditionnels n'ont pas survécu à la course à la productivité, qui caractérise le monde contemporain. Des lois interdisant l'exploitation des travailleurs ont déjà vu le jour au milieu du siècle dernier. Toutefois, à cette époque, nul ne pouvait prévoir la formidable explosion technologique qui, il est vrai, a permis aux hommes et aux femmes de disposer de plus de loisirs que jamais auparavant, tout en empêchant souvent d'en jouir parce qu'ils sont trop exténués», ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE du Conseil de l'Europe, Avant-projet du rapport sur la situation des malades mentaux, p. 2 et Rapport sur la situation des malades mentaux, Conseil de l'Europe, Doc. 4014, p. 7.

¹⁶⁹ Art. 2 de la Recommandation N° 818 (1977).

¹⁷⁰ Rapport sur la situation des malades mentaux, Conseil de l'Europe, Doc. 4014, p. 7.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Supra, I^e Partie, section B, sous-section a), ainsi que les références citées.

¹⁷³ C'est notamment le cas de la Loi autrichienne N° 155, de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990, de la Loi belge du 26 juin 1990, de la Loi italienne N° 180 et de la Loi portugaise N° 2118 du 3 avril 1963.

devant être donné à cette notion. Ces éléments ne font souvent que reprendre les définitions psychiatriques¹⁷⁴.

D'autres législations explicitent la notion de «malade mental» par l'intermédiaire de concepts médico-juridiques qui restent toutefois assez vagues. Le malade mental est parfois défini comme «toute personne nécessitant un traitement en raison d'un trouble mental autre qu'un retard mental»¹⁷⁵ ou comme «toute personne souffrant d'un trouble mental, c'est-à-dire d'une déficience des facultés de raisonnement ou de contrôle du comportement»¹⁷⁶.

À l'instar de la psychiatrie¹⁷⁷, un nombre croissant de législations internes se focalise sur les différents troubles et leurs symptômes psychiques, tels qu'ils ont été répertoriés par les classifications médicales¹⁷⁸. Ces troubles sont qualifiés d'«état mental anormal»¹⁷⁹ permanent ou intermittent, caractérisé par des hallucinations ou par des troubles de l'humeur, de la perception, de la volition, ou de la cognition¹⁸⁰ ou, plus simplement, comme des «troubles sérieux de la pensée, d'état d'esprit, de perception, d'orientation ou de mémoire qui affectent une personne de manière flagrante dans son comportement, dans son jugement, dans sa capacité de discerner la réalité ou dans sa

¹⁷⁴ C'est le cas de la Suède, dont la Loi sur le traitement psychiatrique en milieu hospitalier donne une explication à l'expression de «malade mental» dans les travaux préparatoires; de la Bulgarie, dont la Loi sur la santé publique emploie le terme «maladie mentale», donnant toutefois expressément à la médecine le devoir de l'éclaircir; de l'Australie dont la plupart de tribunaux considèrent le malade mental comme une personne ayant besoin de soins, de traitement ou de protection trouble mental; de l'Autriche où la jurisprudence a développé principalement le concept du besoin de soins appropriés. Ces exemples figurent dans, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1983/17/Add. 1, du 7 juillet 1983. En Italie, la jurisprudence distingue le concept juridique de celui médical de maladie mentale, ce dernier ayant une portée plus large «L'infermità di mente è concetto più ampio di quello di malattia mentale e d'infermità psichica, sicché nella prima possono essere compresi disturbi mentali transitori legati a malattie fisiche, con la conseguenza che l'assegnazione a una casa di cura resta correlata ad un'infermità psichica, ma non a disturbi occasionali e transitori derivanti da malattia fisica», CRESPI/STELLA/ZUCCALA, ad art. 222, par. IV.

¹⁷⁵ Art. 2 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987. Cette disposition présente le défaut d'exclure explicitement la déficience mentale de la notion «juridique» de malade mental. Or, de manière générale, s'il est vrai que normalement la situation des faibles d'esprits est réglementée par les législations nationales sur l'exercice des droits civils, il n'existe pas de raison d'écarter cette catégorie de malades du champ d'application des législations sanitaires. En effet, ces malades peuvent facilement faire l'objet d'une décision d'hospitalisation pour traitement au même titre que les autres malades.

¹⁷⁶ Art. 1^{er} de la Loi relative à la santé mentale de la Province d'Alberta au Canada.

¹⁷⁷ Lors de nos développements relatifs à la notion médicale de la maladie mentale nous avons souligné que la psychiatrie elle-même ne fournissait pas une définition précise de cette expression, se concentrant surtout sur la classification et l'analyse des diverses formes de troubles, supra, I^e Partie, section B, sous-section a), ainsi que les références citées.

¹⁷⁸ Supra, I^e Partie, section B, sous-section c), ainsi que les références citées.

¹⁷⁹ Il est clair que par état mental anormal il faut comprendre une anomalie au sens de la pathologie médicale et non de l'exclusion sociale.

¹⁸⁰ Art. 2 de la Loi de la Nouvelle-Zélande, N° 46, du 5 juin 1992.

capacité de rencontrer les besoins ordinaires de la vie¹⁸¹. On retrouve dans ces deux définitions les trois groupes des maladies mentales et les troubles qui les caractérisent¹⁸².

A cet égard, la loi britannique définit son champ d'application, non pas en fonction du malade, mais des troubles dont souffre ce dernier. Parmi ces troubles figurent le «trouble mental» (*mental disorder*) – défini comme une maladie mentale, un développement mental arrêté ou incomplet, un trouble psychopathique ainsi que tout autre trouble ou infirmité des facultés mentales –, l'«altération mentale grave» (*severe mental impairment*) – définie comme un état de développement mental arrêté ou incomplet, comprenant une altération grave de l'intelligence et du comportement et étant associé à un comportement anormalement agressif ou gravement irréflechi de la part de l'intéressé – l'«altération mentale» (*mental impairment*) – définie comme un état de développement mental arrêté ou incomplet, n'atteignant pas l'altération mentale grave, comprenant une altération importante de l'intelligence et du comportement et étant associée à un comportement anormalement agressif ou gravement irréflechi de la part de l'intéressé – et le «trouble psychopathique» (*psychopatic disorder*) – défini comme un trouble mental ou une infirmité mentale durables (indépendamment de l'existence d'une altération importante de l'intelligence) entraînant un comportement anormalement agressif ou gravement irréflechi de la part de l'intéressé¹⁸³.

Ces définitions ne sont pas d'une grande utilité pratique pour le juriste et, peut-être, pas non plus pour les psychiatres¹⁸⁴.

Certains textes juridiques se limitent à simplement reprendre des termes psychiatriques tels que «psychopathies», «psychoses», et «déficience

¹⁸¹ Art. 1^{er} de la Loi de la Province de Nouveau-Brunswick au Canada du 19 mai 1989.

¹⁸² L'état mental anormal permanent désigne les maladies mentales organiques, y compris la déficience mentale qui est caractérisée par des troubles stables. L'état intermittent englobe les maladies mentales caractérisées par des troubles psychiques évolutifs ainsi que les psychopathies et les névroses. En outre, d'une manière générale, les hallucinations sont des symptômes courants de la schizophrénie, et les troubles de l'humeur et de la volition le sont de la psychose maniaco-dépressive, des psychopathies et des névroses; ceux de la perception, le sont de la paranoïa, et de la schizophrénie; tandis que ceux de la cognition, le sont de la déficience mentale. Pour un rappel psychiatrique, supra, I^e Partie, section B, sous-section a), ainsi que les références citées.

¹⁸³ Art. 4 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni ainsi que infra, note 191.

¹⁸⁴ Sur la problématique de la recherche d'une définition de la notion de maladie mentale dans les textes juridiques nationaux, nous renvoyons à un excellent article d'un professeur de la Nouvelle Zélande qui analyse d'un œil critique les divers modèles possibles et défend le recours à des définitions empruntées de la psychiatrie en utilisant des termes dont la signification médicale fait l'unanimité, DAWSON, pp. 62-83.

mentale»¹⁸⁵ et renvoient pour les définitions directement à la classification internationale des maladies approuvée par l'OMS. Quelques lois opèrent une distinction entre la «maladie mentale» et «les autres troubles mentaux». Pour ces derniers, il s'agit surtout de psychoses, de psychopathies et de névroses, tandis que la maladie mentale comprend les autres types d'affections psychiques d'origine organique, y compris la déficience mentale¹⁸⁶.

Devant la variété des solutions nationales, les législateurs internationaux ont adopté des expressions synonymes à celle de «malade mental» et abandonné toute tentative d'une définition explicite de la notion.

3) Les textes internationaux

Selon les travaux préparatoires des divers textes internationaux, la notion de «malade mental» couvre l'ensemble des troubles mentaux identifiés par la psychiatrie, visant, toutefois principalement les troubles psychogènes évolutifs dans la mesure où ils sont les plus courants lors des hospitalisations forcées. On distingue le malade mental délinquant (ii) du malade mental non délinquant (i), non seulement en fonction de la procédure d'internement, mais également, parfois, selon la gravité du trouble dont il souffre. Cette dernière distinction est cependant moins présente dans les textes les plus récents.

i) Le malade mental non délinquant

En droit international, comme en droit interne¹⁸⁷, le malade mental non délinquant est un malade dont l'état mental nécessite un traitement médical, le plus souvent dans un hôpital. Il est qualifié de «personne atteinte de troubles mentaux» (i.a), de «personne atteinte de maladie mentale» (i.b) et de «patient» (i.c).

i.a) Personne atteinte de troubles mentaux

La Recommandation N° R (83) 2 renvoie «aux données de la science médicale»¹⁸⁸ et choisit l'expression de «personnes atteintes de troubles mentaux».

¹⁸⁵ Voir notamment, l'art. 3 de la Loi du Japon N° 123 de 1950, qui définit «les personnes atteintes des troubles mentaux» comme des «personnes atteintes de psychose, de déficience mentale ou de déséquilibre psychopathique», ainsi que la Section 2 de la Loi des Bahamas sur la santé mentale de 1969 et la Loi de la Barbade sur la santé publique de 1980, reproduites dans Doc. ONU, E/CN.4/ Sub.2/1983/17/Add. 1, du 7 juillet 1983, pp. 4 et 5.

¹⁸⁶ Entre autres, art. 12 de la Loi finlandaise N° 298 du 31 mars 1988. Pour un rappel psychiatrique, supra, I^e Partie, section B, sous-section a).

¹⁸⁷ Supra, I^e Partie, section D, sous-section b), par. 1, ii).

¹⁸⁸ Art. 2 de la Recommandation N° R (83) 2.

La raison d'un tel choix réside en ce que «certaines personnes, bien qu'elles ne soient pas considérées comme des malades mentaux, présentent des troubles qui peuvent requérir un placement involontaire»¹⁸⁹. Afin d'assurer l'application des garanties juridiques contenues dans la Recommandation N° R (83) 2 également à cette catégorie de personnes, l'expression «personne atteintes de troubles mentaux» est plus appropriée. La notion de troubles mentaux aurait en effet une acception plus large qui engloberait tout type d'affection psychique.

Une telle explication¹⁹⁰, surprenante au premier abord, peut se justifier par l'influence de la terminologie psychiatrique anglo-saxonne et de sa signification. Le recours à cette dernière est légitime dans la mesure où la Recommandation N° R (83) 2 ainsi que son Exposé des motifs sont publiés en français et en anglais, les deux versions faisant foi. En anglais, le terme «*mental disorders*» – «troubles mentaux» en français – comprend toutes les altérations, quelle que soit leur origine, alors que le terme «*mental diseases*» – «maladies mentales» en français – a une acception beaucoup plus restreinte, ne visant en général que les psychoses et les névroses. C'est pour ces raisons que l'exposé des motifs sur la Recommandation précitée affirme qu'il existe des individus atteints de troubles mentaux pouvant requérir un placement, sans qu'il s'agisse pour autant de malades mentaux et que la signification du terme «troubles mentaux» est beaucoup plus vaste de celle de «maladie mentale»¹⁹¹.

¹⁸⁹ Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, § 11. Le terme «placement» a été choisi par les rédacteurs de la Recommandation en lieu et place du terme «hospitalisation», car ce dernier pourrait avoir un sens plus restrictif selon la législation sanitaire de chaque Etat. En effet, dans certains Etats, le placement peut aussi s'effectuer ailleurs que dans un hôpital comme au domicile du patient ou dans une famille d'accueil.

¹⁹⁰ L'Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (82) 17 sur la détention et le traitement des détenus dangereux propose une autre interprétation de l'expression «certaines personnes, bien qu'elles ne soient pas considérées comme des malades mentaux, présentent des troubles mentaux qui peuvent requérir un placement involontaire». Evoquant les différentes formes de dangerosité, les rédacteurs définissent les psychopathes (et/ou les sociopathes) comme «des individus présentant des troubles persistants de la personnalité, qui se manifestent par une conduite d'une agressivité et d'une violence anormales *mais qui ne font pas partie des maladies mentales et ne peuvent être soignés par la psychiatrie*», Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (82) 17, §§ 13-21. Les psychopathes, sans être des malades mentaux, seraient ainsi affectés d'un trouble incurable. En raison de leur dangerosité, symptôme de ce trouble, ils doivent être placés. Cette vision des choses, qui pourrait avoir été inspirée par la jurisprudence de la Commission des années soixante/soixante-dix, est anachronique, les psychopathes étant aujourd'hui considérés comme des malades mentaux qui peuvent améliorer leur état par un traitement approprié, supra, I^e Partie, section B, sous-section a) et c); pour une analyse approfondie de la notion de «psychopathe» et de ses synonymes, supra, I^e Partie, section D) sous-section c), par. 3, ii) ainsi que, pour la jurisprudence conventionnelle, infra, II^e Partie, section C, sous-section a), par. 2.

¹⁹¹ Selon l'art. 4 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni, la notion de troubles mentaux a une acception particulière qui peut être illustrée par le schéma suivant:

La terminologie employée par la langue française est, en revanche, exactement opposée, «maladie mentale»¹⁹² étant l'expression la plus générale.

Il est intéressant de noter que le «Livre blanc» indique que le «trouble mental englobe la maladie mentale, le handicap mental (ou incapacité d'apprentissage) et les troubles de la personnalité»¹⁹³. Il définit également l'«incapacité mentale» comme un «concept en vertu duquel les décisions sont fondées sur la capacité de l'individu, telle que déterminée par la profession médicale et d'autres professionnels, à comprendre la nature du traitement ou de l'admission, à en apprécier les bénéfices, à opérer un choix et à le communiquer»¹⁹⁴. En donnant ces définitions, les auteurs rappellent que la classification des troubles mentaux ne saurait, quoi qu'il arrive, être d'une «précision absolue» et mettent l'accent sur le fait que, indépendamment de la qualification du trouble en cause, seul un trouble suffisamment grave peut justifier une privation de liberté¹⁹⁵. A titre d'exemple, notamment, un handicap mental important peut s'avérer être un trouble mental, si les personnes souffrant d'un tel handicap démontrent un «comportement sérieusement agressif et/ou irresponsable». Toujours selon les auteurs du «Livre blanc», un tel comportement pourrait alors être associé à une maladie mentale; auquel cas la «gestion de la situation» commanderait le recours à la législation relative au placement involontaire¹⁹⁶.

TROUBLES MENTAUX

1) Maladie mentale « <i>mental disorders</i> »	2) Développement mental arrêté ou incomplet (arriération grave ou simple arriération) « <i>severe subnormality or subnormality</i> »	3) Trouble psychopathique « <i>psychopathic disorder</i> »	4) Tout autre trouble ou déficience mentale
---	---	---	---

Selon ce schéma, la notion anglaise de maladie mentale comprend les psychoses et les névroses. C'est l'expression de troubles mentaux au pluriel qui englobe toutes les affections d'origine psychique ou physique qui peuvent affecter un malade. Pour approfondir, WHITEHEAD, pp. 5-9; ainsi que CAMPBELL/HEGINBOTHAM, pp. 36-37 et 54-55 et nos développements, supra, I^e Partie, section B, sous-section a), et sous-section b), par. 1.

¹⁹² L'expression qui permettrait véritablement d'inclure dans le champ d'application de la Recommandation N° R (83) 2 tout individu qui pourrait avoir besoin d'un placement involontaire serait celle de «personne souffrant de symptômes psychiques». L'expression «symptômes psychiques», couvre en effet tout type d'altération, que celle-ci soit d'origine organique ou mentale, supra, I^e Partie, section B, sous-section b), par. 1 ainsi que les références citées.

¹⁹³ «Livre blanc», Annexe 1, Glossaire.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Ibid, point 2.

¹⁹⁶ Ibid., point 2, par. 3.

La Recommandation N° REC(2004)10 simplifie en indiquant que ce sont les critères médicaux acceptés sur le plan international qui permettent de diagnostiquer si une personne est atteinte de troubles mentaux¹⁹⁷.

De ce qui précède, il est aisé de constater les difficultés rencontrées pour trouver une définition générale et abstraite qui puisse être suffisamment précise lors de son utilisation.

i.b) Personne atteinte de maladie mentale

L'expression de «personne atteinte de maladie mentale» a été choisie par les Principes des Nations Unies¹⁹⁸, dans lesquels la terminologie et les directives contenues dans le Projet DAES sont reprises en grande partie¹⁹⁹. Les auteurs des Principes traitent principalement de la notion de «maladie mentale» et abordent la problématique du diagnostic.

La notion de «maladie mentale» n'est de nouveau pas définie. Le principe 4 al. 1^{er}, dont le titre «Décision de maladie mentale» est fort révélateur, se limite à énoncer «qu'il ne peut être décidé qu'une personne est atteinte de maladie mentale que conformément aux normes médicales acceptées sur le plan international». Il est ainsi expressément fait référence à la classification internationale des maladies mentales établie par l'OMS²⁰⁰. Lors de l'élaboration de ce principe, l'OMS elle-même avait souligné qu'une telle référence pouvait se révéler hautement inadaptée en raison de la nature essentiellement évolutive de la maladie mentale. Quand bien même les standards médicaux internationaux seraient périodiquement révisés, ils risqueraient, en effet, de

¹⁹⁷ Art. 2 de la Recommandation N° REC(2004)10. L'Exposé des motifs, §§ 20-26, se réfère d'ailleurs expressément à la CIM-10 et esquisse des distinctions en fonction des divers troubles qui peuvent affecter un individu, en reprenant l'essentiel de ce qui est dit dans le «Livre blanc».

¹⁹⁸ Résolution 46/119 du 17 décembre 1991 ainsi que Doc. ONU, E/CN.4/1991/39 du 5 février 1991.

¹⁹⁹ Une différence semble exister entre la valeur juridique des «principes» et celle des «directives» (ou «recommandations») pour la protection des libertés fondamentales et des droits des personnes atteintes de maladie mentale. Les «*principes*» constituent des normes minimales de sauvegarde de la condition juridique de ces malades qui doivent être garanties par toute législation nationale. Les «*directives*» (ou «*recommandations*»), par contre, sont plutôt assimilées à des propositions – programmes se référant surtout à des particularités culturelles, sociales et économiques. Elles s'adressent aux Etats afin qu'ils assurent progressivement une protection des droits des malades mentaux qui est de plus en plus avant-gardiste, Doc. ONU, E/CN.4/1990/53/Add. 2, du 4 janvier 1990, pp. 16-17. Dans la pratique, cette distinction n'est d'ordinaire que théorique, car dans la plupart des cas les «directives» (ou «recommandations») précèdent l'adoption des «principes». Tel a été le cas avec les Directives (ou Recommandations) contenues dans le Projet DAES qui ont été reprises et transformées dans les Principes des Nations Unies. Ce Projet contenait en effet en annexe une série de principes, directives et garanties pour la protection des malades mentaux et des personnes atteintes de troubles mentaux, dont les Principes de Nations Unies se sont fortement inspirés, Doc. ONU, E/CN.4/1990/53/Add. 3, du 19 janvier 1990, p. 9 et Projet DAES, Annexe II.

²⁰⁰ CIM-10, ainsi que supra, I^e Partie, section B, sous-section c)

ne pas toujours être à jour. L'OMS avait alors suggéré la formule plus neutre de «conformité aux standards médicaux, scientifiques et moraux généralement admis»²⁰¹. A notre avis, une telle précision est relativement superflue. Il appartient au psychiatre, sur la base de son expérience, de décider, éventuellement en se départissant des standards psychiatriques²⁰²; les manuels et leurs classifications ne doivent être utilisés que comme outils de travail. La référence aux normes médicales internationales répond exclusivement à un besoin d'uniformité nécessaire dans un texte juridique international et n'a pas pour effet d'entraver une application évolutive de la notion de maladie mentale. Au contraire, il favorise ladite application.

L'absence d'une définition de la maladie mentale est fort regrettable ce d'autant qu'à l'origine il était prévu de l'insérer dans le chapitre intitulé «Définitions», qui définit plusieurs expressions contenues dans les Principes²⁰³. D'ailleurs le Projet DAES qualifie l'expression de «maladie mentale» – qui vise toute maladie psychique ou autre altérant gravement la santé mentale –, de «malade mental» – qui s'entend de toute personne qui, en raison d'une maladie mentale, doit être soignée, traitée ou surveillée dans son propre intérêt ou pour protéger autrui ou la collectivité – et de «troubles mentaux» – qui correspond à un développement arrêté ou incomplet de l'esprit, d'un trouble psychopathique ou de tout autre trouble ou déficience mentaux²⁰⁴.

La raison de l'absence d'une définition de la maladie mentale est vraisemblablement politique. Les représentants des divers Etats n'étaient pas unanimes quant à la formulation des définitions proposées. Certains les jugeaient trop détaillées alors que pour d'autres elles étaient trop ambiguës et incomplètes²⁰⁵.

²⁰¹ Doc. ONU, E/CN.4/Sub. 2/WG. 3/WP. 3, du 11 août 1988, p. 4. Pour approfondir, Premier colloque international sur les droits de l'homme, La réforme des institutions internationales de protection des droits de l'homme, La Laguna, Tenerife, du 1^{er} au 4 novembre 1992, pp. 209-213.

²⁰² Supra, I^{er} Partie, section B, sous-section c).

²⁰³ Les travaux préparatoires des Principes définissaient non seulement la maladie mentale en général, mais également la maladie mentale grave. D'après ces travaux, l'expression de maladie mentale désigne «un trouble de la pensée, de l'humeur, de la volonté, de la perception, du sens de l'orientation ou de la mémoire qui *altère sensiblement* le jugement ou le comportement [c'est nous qui soulignons]». L'expression de maladie mentale grave, quant à elle, signifie «un trouble important de la pensée, de l'humeur, de la volonté, de la perception, du sens de l'orientation ou de la mémoire qui *altère gravement* le jugement ou la capacité de discerner ou d'apprécier la réalité ou qui perturbe le comportement [c'est nous qui soulignons]». La comparaison de ces deux définitions montre que seule une différence de degré d'intensité de la maladie distingue les deux notions et que leur réunion couvre toutes les formes d'affection mentale recensées par la médecine psychiatrique. Il est intéressant de signaler que la définition de maladie mentale grave, reproduite ici, correspond mot pour mot à celle proposée par les experts de l'OMS, Doc. ONU, E/CN.4/Sub. 2/1988/WG.3/WP.3, du 11 août 1988, p. 5 ainsi que Doc. ONU, E/CN.4/1990/WG.8/WP.3, du 1^{er} octobre 1990, p. 5.

²⁰⁴ Art. 3 du Projet DAES.

²⁰⁵ Les opinions des représentants des Pays-Bas et de l'Espagne, reproduites dans Doc. ONU, E/CN.4/1990/53, du 1^{er} décembre 1989, pp. 5-6.

D'autres encore considéraient l'expression «maladie mentale» comme trop limitative et voulaient la remplacer par celle de «troubles mentaux»²⁰⁶. Afin d'éviter une discussion qui se serait vraisemblablement prolongée inutilement du fait des visions nationales trop hétérogènes, les auteurs des Principes ont préféré adopter les expressions de «personne atteinte de maladie mentale» et de «maladie mentale grave», sans les définir²⁰⁷.

Si, d'après les Nations Unies, l'expression de «personne atteinte de maladie mentale» englobe toutes les altérations psychiques, selon l'Organisation des Etats américains (ci-après: OEA) il convient d'opérer une distinction très nette entre les personnes chez qui «on a diagnostiqué une maladie mentale et les personnes chez qui il a été diagnostiqué une arriération mentale ou autres incapacités neurologiques complexes»²⁰⁸. D'après l'OEA, la notion de maladie mentale au sens propre du terme correspond plutôt à celle des maladies mentales d'origine psychogène, les névroses et les psychopathies y incluses. Les maladies mentales d'origine organique, y compris la déficience mentale, forment une catégorie à part²⁰⁹.

i.c) Patient

Le terme «patient» fut utilisé pour la première fois en lieu et place de celui de malade mental lors de l'élaboration de la Déclaration de Hawaï en 1977²¹⁰.

Ce terme apparaît aujourd'hui à côté des expressions de «personne atteinte de troubles mentaux» et de «personne atteinte de maladie mentale». Son emploi s'explique aisément dans la mesure où il souligne de façon idéale

²⁰⁶ L'opinion du représentant du Royaume-Uni, *ibid.*, p. 6. Celui-ci avait motivé sa position par le fait que, selon la classification anglaise, certaines personnes peuvent souffrir de troubles mentaux sans toutefois être qualifiées des malades mentaux, *supra*, I^e Partie, section D), sous-section b), par. 2, i).

²⁰⁷ La distinction entre «maladie mentale» et «maladie mentale grave» était en réalité établie pour expliciter la notion de placement involontaire ou d'office contenue au principe 16 des Principes des Nations Unies. Selon ce dernier et d'après l'interprétation *a contrario* de la notion de placement volontaire, le placement dans un service de santé mentale suppose comme *conditio sine qua non* l'absence du consentement de la part du patient. L'OMS avait néanmoins mis en évidence qu'il existe des malades mentaux incapables, aussi bien de donner leur consentement, que d'opposer un refus en connaissance de cause. Pour combler ce vide juridique, il convenait de prévoir deux hypothèses distinctes à l'intérieur du principe 16; d'une part, les malades mentaux «normaux» capables de donner leur accord au placement ou de refuser celui-ci et, d'autre part, les malades mentaux «graves» incapables d'accepter le placement ou de s'y opposer. Pour ces raisons, il existe dans les travaux préparatoires deux définitions de la notion de «malade mental» qui ne se distinguent que pour ce qui a trait au degré de gravité de l'atteinte psychique. C'est également pour ces motifs que cette distinction se retrouve dans la version définitive du principe 16, Doc. ONU E/CN.4/1990/53/Add. 3, du 19 janvier 1990, pp. 11-12.

²⁰⁸ Ces remarques ont été présentées par l'OEA lors de l'élaboration du Projet DAES, Doc. ONU, E/CN.4/Sub. 2/1983/17/Add. 1, du 7 juillet 1983, p. 19.

²⁰⁹ Pour les notions psychiatriques, *supra*, I^e Partie, section B, sous-section a).

²¹⁰ Art. 2 de la Déclaration de Hawaï.

l'assimilation des individus atteints de maladie mentale à ceux souffrant d'une maladie physique. L'ensemble de ces individus ne constitue rien d'autre que des malades recevant des soins et doivent être qualifiés de patients.

Les Principes des Nations Unies définissent le terme «patient» comme «une personne qui reçoit des soins de santé mentale et s'entend de toutes les personnes qui sont admises dans un service de santé mentale»²¹¹. Une telle définition permet au droit de se détacher, du moins en partie, de la problématique purement médicale du diagnostic de la maladie mentale pour se concentrer sur celle, éminemment juridique, des droits qui doivent être garantis aux individus qui ont fait l'objet d'une décision d'hospitalisation et reçoivent des soins.

La Recommandation N° R (83) 2 du Conseil de l'Europe, plus ancienne, a sans doute inspiré les auteurs des Principes. L'expression de «personne atteinte de troubles mentaux» n'est en effet utilisée que dans les premiers articles, qui ont essentiellement trait à la décision de placement, donc en relation avec le diagnostic de trouble mental²¹². Une fois le trouble diagnostiqué, le malade est qualifié de «patient»²¹³. Les auteurs du «Livre blanc» n'emploient que le terme de «patient»²¹⁴. Les Dix Principes de l'OMS en font de même²¹⁵. Il est curieux de noter que le Rapport du Secrétaire général des Nations Unies indique que le terme de «patient» est désormais «dépassé» et qu'il devrait être remplacé par celui de «personne»²¹⁶.

En guise de conclusion, il convient de relever qu'il appartient en premier lieu aux psychiatres de déterminer, sur la base d'un diagnostic strictement conforme à la science médicale, si une personne est atteinte d'un trouble mental ou d'une maladie mentale nécessitant un traitement²¹⁷. Par science médicale, il faut entendre l'ensemble des normes acceptées sur le plan international au moment de l'établissement du diagnostic²¹⁸. Les expressions de «personne atteinte de troubles mentaux» et de «personne atteinte d'une

²¹¹ Le chapitre «Définitions» des Principes des Nations Unies.

²¹² Art. 1 et 2 de la Recommandation N° R (83) 2.

²¹³ Art. 3 ss, *ibid.*

²¹⁴ «Livre blanc», point 3-6 et 8-14. Il est surprenant de constater que la Recommandation N° REC(2004)10, qui est le texte du Conseil de l'Europe le plus récent, utilise exclusivement l'expression de «personne atteinte de troubles mentaux».

²¹⁵ Dans les Dix Principes de l'OMS, les expressions de «personne atteinte de troubles mentaux», de «patient» et de «patient atteint de troubles mentaux» utilisées s'intervertissent parfaitement.

²¹⁶ Rapport du Secrétaire général, Doc. ONU/A/58/181, du 24 juillet 2003, point VI.

²¹⁷ Art. 2, première phrase, de la Recommandation N° R (83) 2 et principe 4 des Principes des Nations Unies.

²¹⁸ Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, § 13 ainsi que principe 4 des Principes des Nations Unies.

maladie mentale» font référence au malade non délinquant et leur champ d'application, qui englobe l'ensemble des altérations psychiques recensées par la psychiatrie, est large. Une fois la maladie mentale diagnostiquée, le malade est qualifié de «patient», ce qui permet de souligner qu'il se trouve dans la même situation que le malade ordinaire et doit pouvoir jouir des mêmes droits.

Le statut applicable au malade mental délinquant entraîne des variations terminologiques.

ii) Le malade mental délinquant

Le délinquant malade mental est qualifié d'«aliéné», d'«anormal mental» (ii.a) ou plus simplement de «délinquant de droit commun» (ii.b). Il peut souffrir de n'importe quelle altération mentale diagnostiquée par le psychiatre. Une attention particulière est parfois vouée aux altérations très graves pouvant provoquer une conduite agressive et exigeant un traitement spécifique. Cependant, la tendance actuelle consiste – à quelques exceptions près – à éviter une stigmatisation des malades criminels particulièrement violents. La CEDH se réfère également au terme d'«aliéné», mais celui-ci couvre aussi bien le malade mental délinquant que celui qui ne l'est pas²¹⁹.

ii.a) Détenu aliéné et anormal mental

Il s'agit de malades déclarés partiellement responsables condamnés à subir une partie de la peine et des détenus frappés de maladie mentale pendant leur séjour dans l'établissement pénitentiaire. Les art. 82 de l'Ensemble des Règles minima pour le traitement des détenus des Nations Unies²²⁰ et 100 des Règles pénitentiaires européennes du Conseil de l'Europe²²¹ traitent de leur condition. Ces deux dispositions utilisent une terminologie presque identique. Le terme «aliéné» est employé dans les premiers alinéas des art. 82 et 100, tandis que le deuxième alinéa de l'art. 82 contient l'expression de «détenus atteints d'autres affections ou anormalités mentales» et le deuxième alinéa de l'art. 100 celle de «détenus atteints d'autres affections ou troubles mentaux».

Les «aliénés» ne doivent pas être détenus en prison mais être transférés aussitôt que possible dans des établissements appropriés pour malades mentaux²²². Les «détenus atteints d'autres affections ou troubles mentaux/anor-

²¹⁹ Infra, II^e Partie, section C, sous-section a).

²²⁰ Ensemble de Règles minima pour le traitement des détenus, adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2067 (LXII) du 13 mai 1977. Jusqu'à l'adoption des Principes, la situation des malades mentaux délinquants était exclusivement régie par ces Règles.

²²¹ Recommandation N° R (87) 3.

malités mentales», en revanche, doivent être mis sous observation et traités dans des institutions ou des sections spécialisées²²³. Si les aliénés peuvent s'accommoder d'un bref séjour en prison dans l'attente d'être placés dans des établissements avec les malades mentaux non délinquants, les détenus souffrant d'autres affections doivent être placés dans des institutions ou sections spécialisées, qui sont généralement organisées au sein des services psychiatriques des établissements pénitentiaires.

Qui sont concrètement ces malades et pourquoi convient-il de les répartir en deux catégories? La criminologie a démontré que les différentes formes de maladies mentales pouvaient amener l'individu à commettre des actes délictueux²²⁴. Parmi ces délinquants, certains sont plus dangereux et agressifs que d'autres, au nombre desquels pourraient figurer des caractériels et des pervers les plus gravement atteints²²⁵. Ces délinquants ne peuvent, en raison de leur nature violente, être traités dans les mêmes établissements que les malades mentaux ordinaires. Ils nécessitent, en revanche, un contrôle spécial capable d'assurer un régime particulier adapté à leur dangerosité. L'expression «détenus atteints d'autres affections ou troubles mentaux/anormalités mentales» ne peut alors se référer qu'à cette catégorie de malades²²⁶. Le terme «aliénés» désigne, en revanche, tous les autres criminels malades mentaux qui souffrent d'affections psychiques ne les rendant pas particulièrement agressifs et violents²²⁷.

ii.b) *Délinquant de droit commun*

L'expression «délinquant de droit commun» figure dans les Principes des Nations Unies²²⁸. Cette expression vise tous les délinquants malades mentaux, qu'ils soient déjà condamnés ou en attente d'être jugés. Cette terminologie neutre entend mettre en évidence que tous les délinquants doivent recevoir les meilleurs soins de santé mentale disponibles plutôt que d'indiquer que

²²² Art. 82 al. 1^{er} et 100 al. 1^{er}, respectivement, de l'Ensemble de Règles minima pour le traitement des détenus des Nations Unies et de la Recommandation N° R (87) 3.

²²³ Art. 82 al. 2 et 100 al. 2, respectivement, *ibid.*

²²⁴ *Supra*, I^e Partie, section C, ainsi que les références citées.

²²⁵ Pour les définitions criminologiques, *ibid.*

²²⁶ L'Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (82) 17, § 21, confirme qu'il existe des détenus malades mentaux qui manifestent une agressivité et une violence anormale, qui représentent un élément de risque extrême et dont la détention devrait relever d'un régime particulier. L'art. 82 de la Résolution N° (73) 5 conforte du reste cette interprétation. L'al. 2 distingue entre les aliénés de l'al. 1^{er} et les «détenus atteints d'autres affections ou troubles mentaux graves». L'adjectif grave utilisé dans ce contexte doit être compris comme étant synonyme de violent et agressif, REYNAUD, pp. 175-194.

²²⁷ Il pourrait s'agir par exemple des débiles mentaux ainsi que des caractériels et des pervers légèrement atteints; *supra*, I^e Partie, section C.

²²⁸ Principe 20 des Principes des Nations Unies.

certaines catégories de malades nécessitent un traitement particulier en raison de leur agressivité²²⁹. Afin que de tels soins puissent être prodigués, des mesures spéciales dans un but exclusivement thérapeutique sont prévues²³⁰. Ainsi, on obtient le même résultat que celui visé par les art. 82 et 100 précités, sans toutefois devoir stigmatiser, du fait de leur violence, certains criminels malades mentaux²³¹. Pour déterminer si le délinquant est véritablement atteint d'une maladie mentale, il convient d'appliquer la notion de maladie mentale dans l'acception adoptée par les Principes des Nations Unies²³².

Pour résumer, la notion de «malade mental» ne se prête pas à une définition juridique précise, car la maladie mentale et les progrès de la psychiatrie sont en constante évolution. Sur la base de solutions nationales très variées et afin de fournir une interprétation qui puisse être commune au plus grand nombre possible de législations étatiques, les législateurs internationaux ont choisi une terminologie qui possède une acception large reflétant, non seulement l'attitude moderne et évolutive de la psychiatrie face à ces personnes, mais également la pluralité des conceptions médicales. C'est en partie une telle pluralité qui rend essentiel le renvoi aux critères psychiatriques uniformisés au moyen des normes médicales acceptées sur le plan international. Ce renvoi est nécessaire mais pas suffisant puisque, lors de l'interprétation de la notion «juridique» de malade mental, il est impératif de tenir compte du but et des effets d'un jugement de maladie mentale. Pour ce faire, il est fait référence à des critères juridiques essentiels, désormais universels, qui complètent la notion de malade mental et sur lesquels il est opportun de se concentrer afin de tenter de les améliorer. Ces critères abordent en priorité les conséquences d'un jugement de maladie mentale, en d'autres termes l'hospitalisation forcée.

d) Les critères essentiels de la notion «juridique» de malade mental

Il existe pour cette notion des critères communs à tous les textes, nationaux ou internationaux. Ces critères sont peu empreints de la psychiatrie. Ce sont

²²⁹ Il convient de noter que le Projet DAES contenait lui un chapitre intitulé «Procédures pénales».

²³⁰ Principe 1 des Principes des Nations Unies.

²³¹ La voie vers cette solution avait déjà été ouverte par la Résolution 43/173 du 8 décembre 1988 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement. Cette Résolution, qui actualise certains aspects de l'Ensemble des Règles minima des Nations Unies, s'applique également aux détenus malades mentaux sans distinguer ceux qui sont violents de ceux qui ne le sont pas.

²³² Principe 4 des Principes des Nations Unies ainsi que supra, I^e Partie, section D, sous-section c), par. 2, ii).

eux qui constituent le véritable noyau de la notion «juridique» de malade mental. Ils contribuent à lutter contre tout risque de pratique psychiatrique abusive, comme à cibler le plus objectivement possible les malades mentaux devant faire l'objet d'une mesure de privation de liberté. Ils possèdent alors une double fonction: d'une part, ils précisent ce que l'on doit entendre par malade mental, d'autre part, ils imposent une condition juridique, positive ou négative, à l'hospitalisation. Cette section traitera surtout du premier aspect²³³.

Ces critères sont au nombre de deux: le critère sociologique (1) et le critère de dangerosité (2).

1) Le critère sociologique

Le critère sociologique est un critère négatif, à savoir un critère permettant d'exclure du champ d'application de la notion «juridique» de malade mental l'individu qui peut éprouver des difficultés d'adaptation dans une société donnée. De telles difficultés sont susceptibles de provoquer des comportements s'écartant des normes prédominantes dans une société donnée tels que, notamment, l'alcoolisme, la toxicomanie, la conduite immorale et les déviations sexuelles. Juridiquement, ces comportements ne doivent pas, en tant que tels, être considérés comme équivalents à une maladie mentale²³⁴ et, en conséquence, ne peuvent pas justifier une hospitalisation.

²³³ La problématique de la privation de liberté des malades mentaux sera principalement traitée dans la deuxième partie. Nous développerons alors davantage l'analyse de tels critères juridiques. Une telle subdivision se justifie car, comme nous l'avons vu, la notion «juridique» de malade mental ne peut pas être dissociée de l'hospitalisation de ce dernier.

²³⁴ SHELTON et DOURAKI soulignent surtout le fait que les diagnostics psychiatriques des maladies mentales englobent diverses attributions de «comportement social inapproprié» qui peuvent découler d'une prévention culturelle de classe ou de sexe. Ceci est d'autant plus vrai pour le diagnostic de «psychopathie» ou de «névrose» qui peut être établi chez quiconque manifeste des normes de comportement sensiblement différentes de celles généralement acceptées par la société. Parmi les comportements jugés symptomatiques de ces maladies figurent l'impossibilité d'avoir de bons résultats professionnels pendant plusieurs années, un comportement exagérément théâtral, l'absence de sentiments tendres et chaleureux à l'égard d'autrui et l'indifférence aux éloges, critiques et sentiments d'autrui. Toujours selon DOURAKI et SHELTON, l'emploi de tels critères de comportement rend confuse la distinction entre les personnalités indésirables ou importunes et la maladie mentale fondamentale, entraînant une tendance à englober dans cette dernière tout état humain pour lequel une intervention forcée est jugée souhaitable. Il est ainsi dangereux de définir la maladie mentale uniquement sur la base d'un comportement antisocial, SHELTON/DOURAKI, AS/Jur (43) 41, p. 4. ROMANO avait déjà souligné le «risque de qualifier de maladie mentale tout comportement qui n'est pas conforme aux normes de l'existence, aux habitudes et aux critères de masse» car «cela peut conduire à mettre au ban de la société, voire à persécuter quiconque est différent de la moyenne des autres», ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE du Conseil de l'Europe, AS (29) CR 11, du 7 octobre 1977, p. 378.

Le premier texte consacrant le critère sociologique a été la Recommandation N° 818 qui affirme que «les anomalies de comportement relevant de la morale et de la loi ne sont pas en elles-mêmes assimilables aux maladies mentales»²³⁵.

La Cour a repris le même principe dans le contexte de la détention d'un aliéné. «On ne saurait [...] considérer», a-t-elle déclaré dès l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*²³⁶, «que la lettre e) de l'article 5, alinéa 1^{er} autorise à détenir quelqu'un du seul fait que ses idées ou son comportement s'écartent des normes prédominantes dans une société donnée»²³⁷.

Dans le même ordre d'idées, la Recommandation N° R (83) 2 rappelle le principe, désormais familier, selon lequel, lors du diagnostic, «les psychiatres et les médecins doivent se conformer aux données de la science médicale»²³⁸. Ce texte limite cependant la portée de la référence à la science médicale en précisant que «les difficultés d'adaptation aux valeurs morales, sociales, politiques ou autres, ne doivent pas être considérées en elles-mêmes comme un trouble mental»²³⁹. Le même concept se retrouve dans la Recommandation N° R (99) 4²⁴⁰ et dans la Recommandation N° REC(2004)10²⁴¹. Le «Livre blanc» rappelle également les principes dégagés par la jurisprudence précitée et repris par la Recommandation N° R (83) 2²⁴².

Il est intéressant de noter qu'en Belgique, la loi semble avoir été influencée par ces considérations, dans la mesure où elle prévoit que «l'inadaptation aux valeurs morales, sociales, religieuses, politiques ou autres ne peut être en soi considérée comme une maladie mentale»²⁴³.

De son côté, le projet DAES spécifie que «des difficultés d'adaptation à certaines valeurs morales, sociales, culturelles ou politiques ou à des croyances religieuses ne doivent pas être un facteur déterminant d'un diagnostic de maladie mentale ou de troubles mentaux»²⁴⁴. Les Principes des Nations Unies confirment que «la décision de maladie mentale ne doit jamais se fonder sur des considérations politiques, économiques ou de situation sociale, ni d'appartenance à un groupe culturel, racial ou religieux, ni sur aucune autre

²³⁵ Art. 9 de la Recommandation N° 818.

²³⁶ CourEDH, *Affaire Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979.

²³⁷ *Ibid.*, § 37. Pour une analyse plus approfondie, *infra*, II^e Partie, section B et C.

²³⁸ Art. 2 de la Recommandation N° R (83) 2.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ Partie I, Champ d'application de la Recommandation N° R (99) 4 ainsi que l'Exposé des motifs, § 24.

²⁴¹ Art. 2 al. 2 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, § 26.

²⁴² «Livre blanc», par. 2.

²⁴³ Art. 2 al. 2 de la Loi belge du 26 juin 1990.

²⁴⁴ Art. 5 al. 2 du Projet DAES.

considération n'ayant pas de rapport direct avec l'état de santé mentale»²⁴⁵. Ils réitèrent que «les conflits familiaux ou professionnels, ou la non-conformité aux valeurs morales, sociales, culturelles ou politiques ou aux convictions religieuses prévalant dans la société à laquelle une personne appartient ne doivent jamais être des facteurs déterminants dans le diagnostic de maladie mentale»²⁴⁶. Les Dix Principes de l'OMS, après avoir énoncé que l'évaluation en matière de santé mentale doit être effectuée conformément «aux principes médicaux acceptés sur le plan international», conseillent de s'abstenir de toute référence à des «critères non cliniques, telles des considérations politiques, économiques, sociales, ethniques ou religieuses»²⁴⁷.

D'une façon plus générale, tous ces textes excluent du champ d'application de la notion juridique du malade mental les quatre grandes situations sociales que sont l'opposition politique, les croyances et les pratiques religieuses, le non-conformisme culturel et le non-conformisme moral, à l'instar de la vie en concubinage et de l'homosexualité²⁴⁸. A titre illustratif, au Royaume-Uni, la loi prévoit qu'aucune disposition ne pourra être interprétée de manière à ce qu'une personne soit qualifiée comme atteinte d'un trouble mental pour le seul motif qu'elle vit dans la promiscuité ou qu'elle fait preuve d'une autre conduite immorale, de déviance sexuelle ou de dépendance à l'égard de l'alcool ou de drogues²⁴⁹.

L'emploi des expressions telles que «en elles mêmes», «du seul fait», «pour le seul motif», donnent à penser que si d'autres motifs contribuent à créer des troubles psychiques chez une personne dont le comportement ou les idées s'écartent des normes prédominantes, ce comportement ou ces idées pourraient constituer un élément de preuve de l'existence de la maladie mentale²⁵⁰.

²⁴⁵ Principe 4 al. 2 des Principes des Nations Unies.

²⁴⁶ Principe 4 al. 3, *ibid.*

²⁴⁷ Principe 3 des Dix Principes de l'OMS.

²⁴⁸ L'art. 4 de la Loi de la Nouvelle-Zélande N° 46 du 5 juin 1992 exclut en bloc ces situations sociales de son champ d'application puisque aucune personne ne doit être considérée comme atteinte de maladie mentale «uniquement en raison:

- a) des convictions politiques, religieuses ou culturelles de ladite personne;
- b) des orientations sexuelles de ladite personne;
- c) des actes criminels ou délictueux commis par ladite personne;
- d) d'un abus de substances (...)

L'hypothèse c) a sans doute été inspirée par la tendance, encore majoritaire en criminologie, selon laquelle tout délinquant est considéré comme un individu souffrant d'un trouble mental, même sous une forme très légère, *supra*, I^{er} Partie, section C ainsi que GARCIA-PABLOS De MOLINA/GOMES, pp. 224-229.

²⁴⁹ Art. 1^{er} du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni.

²⁵⁰ Dans ce sens DOURAKI (1), p. 64.

L'Exposé des motifs de la Recommandation N° R (83) 2 semble le confirmer. Selon ce dernier, la difficulté de s'adapter aux valeurs de la société telles que les valeurs morales, sociales ou politiques ne doit pas être considérée comme une maladie mentale lorsque d'autres éléments importants, permettant de diagnostiquer conformément à la science médicale l'existence d'une maladie psychique et la nécessité du placement, ne sont pas également présents. Quand bien même la difficulté en question pourrait être considérée, selon la science médicale, comme un des symptômes du trouble mental, il ne faut toutefois pas qu'il s'agisse du seul symptôme²⁵¹. D'ailleurs, la Recommandation N° REC(2004)10 reproduit le même principe en utilisant la même terminologie²⁵².

DOURAKI souligne, à juste titre, le risque pouvant découler de la qualification juridique de «symptôme» des difficultés d'adaptation dans une société donnée qui, en liaison avec d'autres symptômes plus «médicaux», pourra déboucher sur un diagnostic de maladie mentale²⁵³. Afin d'éviter que de telles pratiques ne donnent lieu à des abus, il aurait mieux valu exclure, sans nuance, de la notion «juridique» de malade mental la non-conformité aux normes prédominantes dans une société donnée. La référence aux données de la science médicale en vue d'établir le diagnostic de maladie mentale suffit pour pouvoir prendre en compte des situations dans lesquelles la difficulté précitée n'est qu'un des symptômes d'une pathologie psychique plus complexe.

Quelles sont concrètement ces situations sociales exclues par le critère sociologique?

Des exemples d'opposition politique (i) et de non-conformisme moral (ii) permettent de répondre à cette question. Ce sont, en effet, principalement ces deux «symptômes» qui ont rendu possible – et rendent encore possible – à la psychiatrie de légitimer des cas d'abus.

i) Le critère politique

Au même titre que le critère sociologique, dont il est en quelque sorte la concrétisation, le critère politique est un critère négatif. Son utilisation permet d'exclure du champ d'application de la notion juridique du malade mental tout individu dont les idées sont en opposition à un régime politique donné.

La formulation d'un tel critère a été rendue nécessaire suite aux abus légitimés par la psychiatrie dans le passé.

²⁵¹ Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, § 14.

²⁵² Art. 2 al. 2 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, § 26.

²⁵³ DOURAKI (I), p. 64.

A titre d'exemple, il suffit de citer les nombreux internements abusifs des dissidents politiques durant l'époque fasciste en Italie en application de l'ancienne Loi sur les aliénés²⁵⁴. Précisons que ce texte ne prévoyait pas expressément le non-conformisme politique comme type de maladie mentale, le libellé de son art. 1^{er} permettant toutefois une interprétation très large des causes possibles de l'aliénation mentale²⁵⁵. Une telle interprétation fut adoptée avec l'indispensable concours des psychiatres et, ainsi, de nombreux dissidents furent «soignés» dans des asiles psychiatriques²⁵⁶.

Les abus de la psychiatrie à des fins politiques contre les prisonniers d'opinion dans l'ex-URSS²⁵⁷ constituent un autre exemple connu. BLOCH explique que, pour légitimer l'internement des dissidents politiques, les psychiatres soviétiques avaient élaboré certains critères propres à fonder scientifiquement leur diagnostic. Ils soutenaient que ces dissidents souffraient d'une forme particulière de schizophrénie se manifestant par une tendance au «réformisme illusoire» (*delusional reformism*), à la «surestimation de la personnalité» (*overestimation of the personality*) et à une «faible capacité d'adaptation à la société» (*poor adaptation to society*)²⁵⁸.

C'est pour combattre l'utilisation de la psychiatrie à des fins politiques que la Déclaration de Hawaï condamne les pratiques psychiatriques à des fins qui ne soient pas thérapeutiques²⁵⁹. La Recommandation N° 818, quant à elle, se félicite de l'adoption de la Déclaration de Hawaï et réitère la condamnation des abus de la psychiatrie dans des buts politiques et d'élimination de

²⁵⁴ La Loi italienne N° 36 du 14 février 1904.

²⁵⁵ L'art. 1^{er} de la Loi italienne N° 36 du 14 février 1904 avait la teneur suivante «Debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette *per qualunque causa* [c'est nous qui soulignons] da alienazione mentale [...]». L'emploi de l'expression «*per qualunque causa*» (pour n'importe quelle cause) donnait aux psychiatres un large champ de manoeuvre.

²⁵⁶ DOURAKI (I), p. 65.

²⁵⁷ AMNESTY INTERNATIONAL, Prisonniers pour délit d'opinion en URSS, Paris, 1976 ainsi que URSS: Les prisonniers d'opinion, Rapport, Paris, 1980 et DRUCKER, surtout aux pp. 190-193. Pour approfondir la problématique des abus de la psychiatrie à des fins politiques dans l'ex-URSS, il est fort intéressant de consulter le rapport du Bureau international du travail concernant le cas N° 905 (URSS) étudié par le Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration de l'Organisation internationale du travail. Il s'agissait de l'internement en hôpital psychiatrique des fondateurs et des dirigeants de certaines organisations syndicales libres. S'agissant de ces mesures de répression, le Comité de liberté syndicale a souligné que «toutes les garanties nécessaires devraient être assurées pour que des mesures d'internement dans des hôpitaux psychiatriques ne puissent pas être prises en tant que sanctions ou moyens de pression à l'égard de personnes désireuses de créer une organisation nouvelle, indépendante de la structure syndicale existante», Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1983/17/Add.1, p. 14.

²⁵⁸ BLOCH, p. 506. Cet auteur démontre la manière dont la psychiatrie, en élargissant à sa guise la notion de maladie mentale et, en l'occurrence, celle de schizophrénie, peut devenir en toute légitimité un instrument de pouvoir au service des régimes totalitaires.

²⁵⁹ Le préambule et principalement l'art. 7 de la Déclaration de Hawaï indiquent que «The psychiatrist must not participate in compulsory psychiatric treatment in the absence of psychiatric illness».

la dissidence sous quelque forme que ce soit²⁶⁰. Le «Livre blanc»²⁶¹ reprend ce principe et indique expressément que le placement involontaire ne doit «en aucun cas» être utilisé à des fins politiques et renvoie à la Recommandation N° R (83) 2.

La doctrine va encore plus loin en affirmant que l'internement de force en vue d'un traitement psychiatrique d'individus, du fait de leurs idées non conformes à un régime politique donné et qui ne souffrent apparemment pas de maladie mentale, peut être considéré comme un «traitement dégradant»²⁶².

En somme, le critère politique a été élaboré afin que la non adhésion à un régime politique, quelle que soit sa forme, ne tombe sous le coup de la notion «juridique» de malade mental. Le but poursuivi par le droit consiste à éviter que la psychiatrie ne devienne un instrument de pouvoir qui cautionne certains agissements de gouvernements totalitaires. L'élaboration du critère moral poursuit un autre but non moins important.

ii) *Le critère moral*

A l'image du critère sociologique, dont il est également en quelque sorte la concrétisation, le critère moral doit aussi être qualifié de critère négatif. Il permet d'exclure du champ d'application de la notion «juridique» de malade mental tout individu dont le comportement peut être considéré comme contraire aux valeurs morales d'une société donnée. Ce sont principalement l'alcoolisme, la toxicomanie et les déviations sexuelles qui constituent des comportements contraires à la morale. De tels comportements ne doivent pas être assimilés à des maladies mentales et l'existence de tels troubles comportementaux chez des individus ne justifie pas leur hospitalisation. Le critère moral est celui qui se distancie le plus de la psychiatrie. Cette dernière classe, en effet, les comportements contraires à la morale, tels que l'alcoolisme, la toxicomanie et certaines déviations sexuelles comme des troubles mentaux à part entière²⁶³.

²⁶⁰ Art. 10 et 11 de la Recommandation N° 818.

²⁶¹ «Livre blanc», point 2, par. 4.

²⁶² DOURAKI (1), p. 65 ainsi que l'article de DINSTEIN, p. 124.

²⁶³ DSM-III-R, pp. 185-209 et 313-333 ainsi que DSM-IV-TR, pp. 271-289, 245-257 et 618-674. Cette distanciation si nette du droit par rapport à la psychiatrie s'explique en ce que le but poursuivi par le premier dans ce domaine consiste à exclure en principe de l'hospitalisation les individus présentant des difficultés d'adaptation aux valeurs morales d'une société donnée. Cette exclusion s'explique par le fait que ces individus ne constituent d'ordinaire pas une menace pour la dite société ou pour eux-mêmes. L'hospitalisation représente une sérieuse restriction de la liberté personnelle et doit, en tant que telle, rester une mesure exceptionnelle. La notion «juridique» de malade mental ne doit pas inclure de tels individus. Cela n'empêche cependant pas la médecine psychiatrique de les considérer comme des malades et de les soigner par d'autres moyens.

Dans la catégorie des déviations sexuelles, l'examen de l'homosexualité est intéressant. L'homosexualité a longtemps été considérée comme un trouble mental compris dans la classification internationale des maladies de l'OMS. Elle était définie comme «attirance sexuelle exclusive ou prédominante pour des personnes du même sexe avec ou sans rapports physiques»²⁶⁴. Actuellement la science médicale admet que l'homosexualité n'existe pas en tant qu'affection clinique, ses formes étant aussi variées que celles de l'hétérosexualité²⁶⁵. De plus, depuis 1989 elle ne fait plus partie de la classification internationale des maladies²⁶⁶.

En droit, l'homosexualité était considérée comme une maladie mentale principalement en raison du danger social spécifique que l'on attribuait à l'homosexualité masculine. Ce danger résultait essentiellement du fait que les homosexuels masculins constituaient fréquemment un groupe sous-culturel distinct, se livrant à un net prosélytisme à l'égard des adolescents et souffrant d'un isolement social particulièrement marqué²⁶⁷. Cette conception est désormais dépassée. La Recommandation N° 924 du Conseil de l'Europe énonce que «dans les sociétés pluralistes d'aujourd'hui [...] des pratiques telles que l'exclusion des personnes [...] en raison de leurs penchants sexuels [...] sont des survivances de longs siècles de préjugés»²⁶⁸. Cette même Recommandation estime que «tous les individus, hommes ou femmes, ayant atteint l'âge légal de consentement prévu par la loi du pays où ils vivent, et qui sont capables d'un consentement personnel valable, doivent jouir du droit à l'autodétermination sexuelle»²⁶⁹. La Résolution N° 756 du Conseil de l'Europe renforce cette idée et souligne que «la théorie qui considère l'homosexualité, qu'elle soit masculine ou féminine, comme une forme de trouble mental, n'a pas de fondement scientifique ou médical solide, et a été réfutée par les recherches récentes»²⁷⁰. D'ailleurs, «l'étiquette de trouble mental peut

²⁶⁴ CIM-9, p. 40.

²⁶⁵ La variété des formes que peut assumer l'homosexualité est la raison principale pour laquelle l'American Psychiatric Association (APA) l'a rayée de son registre des maladies mentales. Le 15 décembre 1973, les membres du Bureau de l'APA votèrent la suppression de l'homosexualité de ce fameux registre. Ainsi, il n'était plus question que d'une perturbation de l'orientation sexuelle, qui concernait, non pas l'ensemble des homosexuels, mais uniquement ceux qui n'étaient pas satisfaits de leur situation et se jugeaient donc «eux-mêmes malades». Cette décision fut acceptée par voie référendaire en avril 1974. Un peu plus de dix mille psychiatres votèrent et la décision du Bureau concernant l'exclusion de l'homosexualité de la liste des troubles mentaux fut confirmée par 58% des voix, THUILLIER, pp. 1128-1139 ainsi que BADINTER, pp. 230-231.

²⁶⁶ L'homosexualité n'est plus cataloguée dans la CIM-10.

²⁶⁷ Décision de la Commission des droits de l'homme du 30 septembre 1975, citée par DOURAKI (1), p. 66.

²⁶⁸ Art. 3 de la Recommandation N° 924.

²⁶⁹ Art. 5, *ibid.*

²⁷⁰ Art. 3 de la Résolution N° 756.

occasionner aux homosexuels d'énormes handicaps dans leur épanouissement social, professionnel et, surtout psychologique [...]²⁷¹.

Le droit national, comme international, n'exclut pas seulement l'homosexualité du champ d'application de la notion «juridique» de malade mental. Toute déviance sexuelle ainsi que, d'une façon plus générale, toute conduite immorale²⁷² ne doivent pas être assimilées à des maladies mentales. A ce propos, il est intéressant de rappeler que la Loi britannique sur la santé mentale exclut de son champ d'application la promiscuité ou d'autres conduites immorales ainsi que la déviance sexuelle²⁷³.

Ainsi, certains modes de vie s'écartant des normes morales prédominantes dans une société donnée ne doivent pas être assimilés à des signes de maladie mentale. Les psychiatres ne sauraient s'abriter derrière un but thérapeutique et établir un diagnostic de désordre mental dans le seul but d'exercer un contrôle au bénéfice de la société. S'il est indiscutable que certaines personnes, telles que notamment celles souffrant de dépendance à l'alcool et à la drogue, nécessitent des soins appropriés, cette nécessité ne signifie pas encore que l'on a à faire à des malades mentaux. Le critère moral cherche à éviter une marginalisation de certains comportements qui, s'ils sont considérés par l'opinion publique comme immoraux, ne constituent pas pour autant des comportements symptomatiques d'une maladie mentale.

En conclusion, le critère politique et le critère moral explicitent les deux buts principaux du critère sociologique, à savoir, d'une part, l'exclusion du champ d'application de la notion juridique du malade mental des individus ayant des difficultés à s'adapter aux codes comportementaux prédominants dans une société donnée, et, d'autre part, la surveillance de la pratique psychiatrique et des éventuels abus qu'elle pourrait cautionner. Ces deux buts sont intimement liés.

Le critère de dangerosité s'en distancie à plusieurs égards.

²⁷¹ Art. 4, *ibid.* En dépit de ce qui précède, il y a encore des psychiatres qui croient que l'homosexualité peut être traitée comme quelconque autre trouble psychique. A ce propos, MOLNAR, pp. 98-116, surtout aux pp. 102-103.

²⁷² Selon DOURAKI, la portée de la notion de «conduite immorale» est plus large que celle de «déviance sexuelle». La conduite immorale comprend tout comportement provocateur en relation avec les moeurs d'une société donnée, qui donne éventuellement lieu à un scandale public et est, de ce fait, contraire à la morale publique. DOURAKI (1), p. 67.

²⁷³ Art. 1^{er} al. 3 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni.

2) Le critère de dangerosité

Le critère de dangerosité, qui est un critère positif, diffère du critère sociologique. Contrairement à ce dernier, qui exclut certains individus de la notion «juridique» de malade mental, le critère de dangerosité permet de déterminer les individus devant être qualifiés de malades mentaux. Les deux critères sont néanmoins complémentaires, car, si d'après le critère sociologique un individu ne doit pas être considéré comme malade mental, c'est souvent parce que son comportement ne représente pas un danger pour la collectivité²⁷⁴.

Le recours au critère de dangerosité ne signifie pas pour autant que tout malade mental soit dangereux²⁷⁵, mais répond simplement à la nécessité

²⁷⁴ L'homosexualité constitue sans doute une application concrète de la complémentarité des critères sociologique et de dangerosité, car elle a été considérée pendant longtemps comme un trouble mental en raison du danger social spécifique que représentait l'homosexualité masculine, supra, I^e Partie, section D, sous-section d), par. 1, ii).

²⁷⁵ Il est intéressant de noter qu'une maladie mentale grave difficilement guérissable ne présente, selon les circonstances, socialement qu'un danger limité; alors qu'une maladie mentale peu grave peut avoir des conséquences criminogènes sérieuses. A cet égard, les criminologues parlent de «état dangereux» plutôt que de «dangerosité». Ceci implique: un effet de prédiction de l'acte et l'appréciation ainsi que l'évaluation de l'agressivité du sujet, la participation affective lors de l'acte, la rationalisation, banalisation ou intellectualisation de l'acte, la présence ou l'absence d'une culpabilisation, le caractère passionnel, l'impulsivité, l'efficacité intellectuelle, l'existence de récidives, la personnalité asociale du sujet, la présence d'une pathologie – organique ou psychiatrique – et les habitudes toxiques. L'appréciation clinique de l'état dangereux comporte plusieurs degrés, à savoir un état patent – agitation agressive dans le cadre d'une psychose aiguë, exaltation passionnelle du paranoïaque délirant, état de fureur maniaque – ou un état latent – risque de suicide altruiste collectif ou familial chez le sujet mélancolique, risque d'infanticide dans certaines psychoses puerpérales. Dans la recherche d'une schématisation, les pathologies psychiatriques correspondent à des états dangereux, à titre d'exemple:

a- en présence d'un délire

- Forte conviction délirante
- Forte anticipation anxieuse
- Angoisse psychotique
- Agitation et troubles psychomoteurs incontrôlables
- Bizarries comportementales et impénétrabilité des motifs
- Délire paranoïaque et passionnel
- Episodes catatoniques avec décharges agressives imprévisibles
- Etat confus avec onirisme terrifiant
- Vécu persécutif intense même si le délire est fou
- Troubles de l'humeur et hallucinations entrant dans le cadre d'une psychose délirante aiguë
- Notions anamnestiques (prise de toxique ou troubles de conduite ayant alerté l'entourage et/ou la force publique)

b- en présence d'un trouble de l'humeur

- Risque suicidaire et suicide «altruiste» (les idées de suicide s'étendent aux proches) de certaines mélancolies
- Autoaccusations délirantes: risque suicidaire grave
- Contextes passionnels
- Débordements d'une excitation maniaque (érotiques, scandaleux, mégalomaniaques)
- Troubles de l'humeur survenant sur une personnalité pathologique où domine l'impulsivité (psychopathie, états limites...)

juridique de déterminer concrètement et objectivement quel est le malade qui a besoin de soins spécifiques. C'est en effet principalement de ce dernier dont le droit, national ou international, doit s'occuper. En pratique, il s'agit du malade mental dont la dangerosité pour lui-même et/ou pour autrui justifie des mesures de privation de liberté à des fins thérapeutiques, généralement sous forme d'hospitalisation.

Le critère de dangerosité possède ainsi une double qualité. D'une part, il permet, avec le critère sociologique, de préciser ce qu'il faut entendre par malade mental. D'autre part, il constitue la *conditio sine qua non* à l'hospitalisation de ce dernier. Les développements qui suivront traiteront surtout du premier aspect. S'agissant du rôle de la dangerosité du malade mental en tant que critère justifiant son internement, il sera traité plus amplement dans la deuxième partie de cette étude²⁷⁶.

L'application du critère de dangerosité varie selon que l'on se retrouve face à un malade mental non délinquant (i) ou à un malade mental délinquant (ii). En dépit de son utilisation largement répandue, elle est l'objet d'un certain nombre de critiques (iii).

i) Le danger du malade mental non délinquant: son objet et sa nature

La dangerosité du malade mental non délinquant est un critère auquel se réfèrent abondamment les textes nationaux²⁷⁷, régionaux et universels. Afin de bien l'analyser, il convient de distinguer entre l'objet (i.a) et la nature (i.b) du danger que ces malades peuvent représenter.

c- autres situations cliniques réputées dangereuses

- Ivresses pathologiques (alcooliques ou toxicomaniaques)
- Psychopathie (personnalité antisociale)
- Toxicomanes en manque
- Certaines crises d'épilepsie avec agressivité (risque d'acte meurtrier)
- Schizophrénies déficitaires
- Certains processus expansifs intra-cérébraux
- Agressivité des états pré-déméntiels

d- sans cause décelable

- Certaines conduites agressives explosives qui surviennent sans cause physique ou organique décelable.

Voir TRIBOLET/DESOU, pp. 186 ss

²⁷⁶ Infra, II^e Partie, section B, sous-section b).

²⁷⁷ CURRAN et HARDING ont constaté que la majorité des législations de santé mentale des quarante-trois pays étudiés utilisent le critère de dangerosité, CURRAN/HARDING, p. 94 ainsi que UNICRI, pp. 215-258.

i.a) L'objet du danger

En ce qui concerne l'objet du danger constitué par le malade mental non délinquant, il faut distinguer le danger «pour autrui» du danger «pour soi-même»²⁷⁸.

La notion de danger «pour autrui» a été la première à apparaître dans les textes juridiques. Cette notion a été consacrée par les lois du XIX^e siècle sur la privation de liberté des malades mentaux. A cette époque, la protection de la société et des individus contre toute perturbation de l'ordre public constituait toutefois l'unique but recherché²⁷⁹. Aujourd'hui, la notion de danger «pour autrui» est encore utilisée pour souligner la nécessité de protéger la collectivité contre tout acte gravement perturbateur du malade mental. Néanmoins, la nécessité d'isoler ce malade pour le soigner est aussi prise en compte²⁸⁰.

Que signifie danger «pour autrui»? Cette notion doit être subdivisée en deux catégories. D'une part, elle recouvre le danger pour la société en tant que collectivité. Ce type de danger se manifeste par tout comportement du malade mental susceptible de perturber gravement l'ordre public²⁸¹. Quand bien même la notion de danger pour l'ordre public est indéterminée, on peut néanmoins la définir comme une perturbation grave de la tranquillité, de la salubrité, de la sécurité et de la moralité publiques²⁸². D'autre part, on entend par danger «pour autrui» le danger menaçant chaque individu en particulier. Dans ce cas, le danger peut se manifester sous différentes formes, telles que le danger d'homicide, d'agression, de coups et blessures graves, de voies de fait et de violation du droit de propriété²⁸³.

Le danger de violation du droit de propriété d'autrui mérite un bref développement.

L'opportunité de l'inclure dans la notion de danger «pour autrui» est discutée et discutable. FREDERICK soutient que la protection de la propriété d'autrui ne devrait pas être considérée comme une raison justifiant l'hospi-

²⁷⁸ Voir les art. 3 let. b) de la Recommandation N° R (83) 2 et 17 al. 1 let. ii) de la Recommandation N° REC(2004)10 selon lesquels le malade mental dangereux est celui qui «représente un grave danger pour sa personne ou celle d'autrui», de même que le principe 16 des Principes des Nations Unies, qui se réfère au «danger immédiat ou imminent pour la personne qui souffre d'une maladie mentale ou pour autrui».

²⁷⁹ *Supra*, section A, sous-section b) ainsi que BORGHI (2), pp. 23-30 et FLOUD, pp. 81-85.

²⁸⁰ MAHON souligne que la notion contemporaine de danger «pour autrui» démontre en quelque sorte le passage de l'Etat-gendarme, qui se contente de punir, à l'Etat-providence, qui doit secourir et assister, MAHON, pp. 28-29.

²⁸¹ Par exemple, l'art. L.342 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990 qui définit le malade mental dangereux comme «une personne dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes».

²⁸² Pour une analyse complète de cette notion, BERSIER, pp. 60-64 ainsi que BORGHI (2), pp. 60-65.

²⁸³ Projet DAES, p. 31 ainsi que Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1983/17/Add. 1, du 7 juillet 1983, pp. 78-143.

talisation par simple voie administrative des malades mentaux au motif de leur dangerosité. Il estime toutefois que ces mêmes malades peuvent être incarcérés, et éventuellement hospitalisés, sur la base des articles pénaux qui sanctionnent les auteurs d'actes dommageables à la propriété, et ce, non seulement pour punir un dommage déjà réalisé mais aussi pour prévenir un dommage futur prévisible²⁸⁴. FREDERICK privilégie ainsi la voie pénale.

Il est peut-être préférable d'éviter toute référence criminelle si l'on entend considérer les atteintes graves à la propriété d'autrui comme une cause possible d'hospitalisation et/ou de traitement. Les auteurs de la Recommandation N° R (83) 2 semblent être de cet avis. En effet, l'Exposé des motifs indique que «la destruction de biens peut, dans des cas limités, être prise en considération, dans la mesure où il y a toute raison de croire que les troubles de la personne concernée pourront évoluer au point qu'elle pourra être dangereuse également pour les autres personnes»²⁸⁵. Dès le moment où la destruction de biens apparaît comme un signe prémonitoire d'actes beaucoup plus dangereux pour autrui, elle peut justifier le placement de la personne concernée sans pour autant devoir se référer au droit pénal. Le risque des petits dommages à des biens matériels n'est pas suffisant²⁸⁶.

En résumé, le danger que le malade mental peut représenter pour chaque personne individuelle signifie le danger de la commission d'infractions contre des biens juridiques de grande valeur, principalement les infractions contre la vie ou contre l'intégrité physique ou morale et même, dans des cas exceptionnels, contre les droits de propriété²⁸⁷. Sur une échelle plus large, les actes portant atteinte à de tels biens juridiques peuvent être considérés comme des actes qui perturbent l'ordre public. Ainsi, la distinction dans les divers textes juridiques entre les deux catégories de la notion de danger «pour autrui» n'est que purement formelle²⁸⁸. Parfois même, ces deux catégories sont expressément reproduites l'une à côté de l'autre; tel est le cas dans

²⁸⁴ FREDERICK emploie l'expression: «to prevent further property damage when the evidence justifies it», FREDERICK, pp. 10-11.

²⁸⁵ Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, § 17.

²⁸⁶ Dans ce sens également l'Exposé des motifs sur la Recommandation N° REC(2004)10, § 130 et les exemples cités.

²⁸⁷ Par exemple l'art. 3 al. 1^{er} de la Loi fédérale d'Autriche N° 155 du 1 mars 1990, qui contient l'expression «mettre en danger la vie ou la santé d'autrui»; l'art. 2 al. 1 de la Loi belge du 26 juin 1990, qui parle de «menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui»; l'art. 29 de la Loi du Japon N° 123 de 1950, qui utilise la formule «porter préjudice à autrui» et l'art. 11 de la Loi tunisienne N° 92-83 du 3 août 1992.

²⁸⁸ DOURAKI partage cette opinion et souligne que des expressions comme «malade mental dangereux pour l'ordre, la moralité ou la sécurité publique» font allusion au milieu social élargi. Cet auteur évite, dès lors, toute distinction et parle tout simplement de «dangerosité sociale», DOURAKI (1), p. 69.

la Loi grecque, qui parle de malade mental «dangereux pour l'ordre public et pour la sécurité des citoyens [...]»²⁸⁹.

La notion de danger «pour soi-même» est plus récente que celle de danger «pour autrui». Elle est apparue pour la première fois dans quelques lois du début du XX^e siècle²⁹⁰. Selon ces lois, être dangereux «pour soi-même» équivalait à être dangereux pour «l'ordre public».

Aujourd'hui, l'utilisation de la notion de danger «pour soi-même» s'est généralisée. L'emploi de cette expression dans les Recommandations N° R (83) 2²⁹¹, 1235 (1994)²⁹² et N° REC(2004)10²⁹³, dans les principes des Nations Unies²⁹⁴ ainsi que dans les Dix Principes de l'OMS²⁹⁵, en est la preuve. On y trouve respectivement les expressions de «grave danger»²⁹⁶ et de «danger immédiat ou imminent»²⁹⁷ pour l'intéressé lui-même. La notion contemporaine de danger «pour soi-même» a acquis une signification propre. Le malade mental ne doit pas être hospitalisé exclusivement dans l'intérêt de la collectivité, mais aussi et avant tout dans son propre intérêt. Cet intérêt est invoqué chaque fois que le trouble dont souffre le malade implique l'existence, d'une part, d'un danger de violence physique contre lui-même – qui peut se matérialiser par des blessures corporelles, des mutilations ou même un suicide – et, d'autre part, l'existence d'un danger de détérioration grave de son état physique, mental ou social²⁹⁸. Cette notion a été élaborée dans le but de protéger et de soigner le malade.

La grave détérioration de l'état physique, mental ou social du malade mental est sans doute la plus difficile des formes de danger pour soi-même à saisir. Par détérioration de l'état physique et mental, il faut entendre toute atteinte grave à sa propre santé, que l'on peut éviter par une décision d'hos-

²⁸⁹ Art. 5 du Décret législatif grec N° 104 du 11-16 août 1973.

²⁹⁰ L'art. 1^{er} de l'ancienne Loi italienne N° 36 du 14 février 1904 parle de personnes atteintes d'aliénation mentale «*pericolose a se e agli altri*» (dangereuses pour soi-même et pour autrui). L'art. 1^{er} de l'ancienne Loi des Pays-Bas du 27 avril 1884 sur le contrôle des malades mentaux par l'Etat contient également la notion de dangerosité du malade mental pour soi-même et pour autrui.

²⁹¹ Art. 3 let. b) Recommandation N° R (83) 2.

²⁹² Art. 7 let. i) de la Recommandation 1235 (1994).

²⁹³ Art. 17 al. 1 let. ii) de la Recommandation N° REC(2004)10.

²⁹⁴ Principe 16 des Principes des Nations Unies.

²⁹⁵ Principe 3 des Dix Principes de l'OMS.

²⁹⁶ Art. 3 let. a) de la Recommandation N° R (83) 2 et 17 al. 1 let. ii) de la Recommandation N° REC(2004)10.

²⁹⁷ Principe 16 par. i) des Principes des Nations Unies. Pour une analyse comparative des diverses expressions utilisées par les textes nationaux pour expliciter la notion de danger «pour soi-même», Projet DAES, p. 31 ainsi que Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1983/17/Add. 1, du 7 juillet 1983, pp. 78-143.

²⁹⁸ Notamment, l'Exposé des motifs sur la Recommandation N° REC(2004)10, § 131.

pitalisation et/ou de traitement approprié²⁹⁹. La détérioration de l'état social signifie l'incapacité d'une personne à satisfaire ses besoins élémentaires, comme se procurer un abri et de la nourriture³⁰⁰. Certains textes nationaux précisent même expressément que cette forme de danger se manifeste lorsque les troubles mentaux dont souffre le malade impliquent «son impuissance, c'est-à-dire son incapacité à satisfaire par lui-même ses besoins vitaux fondamentaux, ou une atteinte importante à sa santé par la suite de la dégradation de son état mental, si l'intéressé est laissé sans soins psychiatriques»³⁰¹.

Les textes internationaux ont essentiellement repris cette vision. On distingue la notion de danger pour le malade lui-même, entendu comme danger de violence physique contre soi-même, de la notion de détérioration de l'état de celui-ci³⁰². Les Exposés des motifs sur les Recommandations N° R (83) 2 et REC(2004)10 renforcent cette distinction en confirmant le fait que «les Etats peuvent autoriser le placement (du malade) en l'absence du grave danger exigé par le premier alinéa, si [...] en raison des troubles mentaux du patient l'absence de placement détériorerait son état ou ne permettrait pas de lui apporter le traitement approprié»³⁰³.

Comme le rappellent les Principes des Nations Unies, le danger pour le malade doit être alors de nature «à entraîner une grave détérioration de son état ou à empêcher de lui dispenser un traitement adéquat [...]»³⁰⁴.

²⁹⁹ Art. 3 let. b) de la Recommandation N° R (83) 2 ainsi que le principe 16 par. i) des Principes des Nations Unies.

³⁰⁰ Pour une analyse de cet aspect particulier de la notion de danger «pour soi-même», voir FREDERICK, pp. 9-10. FREDERICK, en se référant à la jurisprudence des tribunaux américains, considère que : «Danger to self is a *parens patriae* invoked procedure generally given to protect the individual from presumed self-harm. [...] Even though a person does not threaten actual violence to himself, the individual may be properly committable under the dangerousness standard if it can be demonstrated that: (a) the person is mentally ill; (b) the mental illness manifests itself in neglect or refusal to administer self-care; (c) such neglect or refusal poses a real and present threat of substantial harm to well-being; and (d) the person is incompetent to determine whether or not treatment for his, or her, mental illness would be desirable». Pour approfondir, BROOKS, pp. 37-60 ainsi que STONE, pp. 9-20, et surtout à la p. 12. Dans le même sens, voir également, l'Exposé des motifs sur la Recommandation N° REC(2004)10, §§ 115-116.

³⁰¹ Art. 29 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie.

³⁰² Le danger de violence physique pour le malade lui-même est mentionné notamment à l'art. 3 let. a) de la Recommandation N° R (83) 2, à l'art. 17 al. 1 let. ii) et au par. i) du Principe 16 des Principes des Nations Unies. La détérioration de l'état du malade fait l'objet de la let. b) de l'art. 3 de la Recommandation N° R (83) 2 et du par. ii) du Principe 16 des Principes des Nations Unies.

³⁰³ Exposé des motifs sur les Recommandations N° R (83) 2 et REC(2004)10, respectivement, §§ 18 et 115-116. Dans ce sens, le TF a jugé que la mise en danger pour soi-même est donnée lorsque, sans encadrement thérapeutique approprié et médicaments, la fréquence des crises du malade s'accroîtrait avec une détérioration évidente de son état, ATF du 4 juillet 2002 [5C.141/2002] en la cause F. c. canton Bâle, consid. 4 et 5.

³⁰⁴ Principe 16 par. ii) des Principes des Nations Unies.

L'objet du danger que représente le malade mental non délinquant est alors double. D'une part il vise «autrui», c'est-à-dire la société en tant que collectivité et les individus qui la composent, et d'autre part, il concerne le malade mental «lui-même». Ce double objet n'est souvent pas clairement exprimé, les textes juridiques se limitant à reproduire l'expression de danger «pour autrui» et de danger pour le malade «lui-même». Cela constitue un choix fort regrettable³⁰⁵, d'autant plus que des textes législatifs nationaux ont fait un effort de définition. Ils spécifient le danger représenté par le malade mental non délinquant de diverses façons, en évoquant notamment des actes agressifs ou physiquement menaçants à l'encontre d'un autre individu ou du malade lui-même³⁰⁶, des agissements endommageant gravement des biens³⁰⁷, des comportements qui sont source d'angoisse morale grave pour l'entourage du malade³⁰⁸, toute inaptitude du malade à satisfaire par lui-même ses besoins vitaux fondamentaux³⁰⁹, ou toute autre atteinte importante à la santé du malade par suite de la dégradation de son état mental³¹⁰. Ces formules, quoique indéterminées, délimitent l'objet du danger et doivent à notre avis servir d'exemple.

i.b) La nature du danger

Les textes juridiques relatifs à la santé mentale ne définissent pas la nature de la dangerosité. Ils qualifient, en revanche, souvent le danger constitué par le malade mental non délinquant par l'emploi des adjectifs «grave» – comme dans les Recommandation N° R (83) 2 et REC(2004)10³¹¹ – ou «sérieux» – comme dans les Principes des Nations Unies³¹². Il s'agit là d'une application du principe de la proportionnalité qui veut que seul un danger d'une certaine

³⁰⁵ Sur la nécessité d'une définition du critère de dangerosité, les avis sont partagés. Selon la doctrine majoritaire, que nous partageons, le critère de dangerosité doit être défini dans les textes juridiques au vu de la grave conséquence qu'entraîne la qualification d'individu dangereux, c'est-à-dire l'internement involontaire aux fins d'un traitement psychiatrique. Cette définition peut ainsi servir de guide aux autorités d'application dans leur interprétation. D'autres auteurs, minoritaires, estiment que, puisque la notion de danger varie dans le temps, l'absence de définition du terme de dangerosité permet à ce dernier de rester toujours actuel. Pour un aperçu des deux doctrines, DOURAKI (I), pp. 58-59. Les nouvelles législations internes optent pour une définition du critère de dangerosité, tout en ayant recours à des formules indéterminées, qui peuvent résister au fil du temps. La sagesse se trouve ainsi dans le compromis.

³⁰⁶ Art. 9 al. 1^{er} du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni.

³⁰⁷ Art. 7 al. 2 de la Loi d'Israël 5751 de 1991.

³⁰⁸ Ibid.

³⁰⁹ Art. 29 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Art. 3 let. a) de la Recommandation N° R (83) 2 et 17 al. 1 let. ii) de la Recommandation N° REC(2004) 10.

³¹² Principe 16 par. i) des Principes des Nations Unies.

gravité puisse justifier une hospitalisation et/ou un traitement contre la volonté du malade.

La gravité a trait au type de dommage, notamment l'atteinte à l'intégrité corporelle, à la vie ou à la santé du malade ou d'autrui³¹³.

La gravité du dommage ne constitue toutefois pas l'unique critère caractérisant la nature juridique de la dangerosité du malade mental. Il existe aussi un élément temporel, «l'expression *danger* indique non seulement l'actualité, mais aussi l'éventualité sérieuse d'un dommage à la personne du patient ou à celle d'autrui»³¹⁴.

En d'autres termes, même si le trouble mental dont souffre le malade ne s'est pas matérialisé en un comportement dommageable, ce malade peut être considéré comme dangereux. Ceci est valable lorsque le médecin a, selon la science médicale, tout lieu de croire que le dommage, à la personne même du malade ou à celle des autres, est prévisible³¹⁵. Les médecins et les autorités judiciaires sont alors appelés à remplir un rôle préventif en ordonnant l'hospitalisation d'un malade qui n'est pas encore passé à l'acte. Ce double caractère temporel du danger est très présent dans les textes juridiques, où nous retrouvons principalement les expressions de «danger immédiat ou imminent»³¹⁶, de «danger physique non immédiat»³¹⁷ et de «mise en péril ou de menace»³¹⁸ pour le malade lui-même ou pour autrui.

La prévisibilité du danger futur mérite d'être examinée. Un haut degré de prévisibilité est exigé³¹⁹, ce degré devant être d'autant plus élevé que l'objet du danger futur est le malade lui-même.

La question d'éthique médicale suivante se pose: faut-il reconnaître aux malades mentaux le droit reconnu aux autres malades de refuser des soins? En langage juridique, cela revient à se demander les raisons pour lesquelles les médecins peuvent violer l'intégrité physique et morale des malades, surtout lorsque l'argument «dangereux pour autrui» n'entre pas en ligne de compte³²⁰.

³¹³ DOURAKI (5), pp. 444-447.

³¹⁴ Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, § 18 et Exposé des motifs sur la Recommandation N° REC(2004)10, §§ 128-139.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Principe 16 par. i) des Principes des Nations Unies ainsi que art. 29 al. 1^{er} de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie.

³¹⁷ Art. 7 al. 2 de la Loi d'Israël 5751 de 1991.

³¹⁸ Art. 2 de la Loi belge du 26 juin 1990 ainsi que art. 9 al. 1^{er} du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni.

³¹⁹ Selon le TF, pour apprécier le danger, il faut prendre en considération, non seulement son imminence et sa gravité, mais également la nature et l'importance du bien menacé, ATF 121 IV 297 consid. 2a et 118 IV 108 consid. 2a.

³²⁰ Le législateur allemand paraît particulièrement sensible à cette problématique, HELMCHEN, pp. 61-63. Pour une approche plus générale, TORRELLI, surtout aux pp. 152-157.

Les psychiatres répondent que, pour soumettre une personne à un traitement dans son intérêt, son consentement ne devrait pas être nécessaire³²¹ si ladite personne n'a pas conscience de sa morbidité, ce qui est le cas pour la plupart des malades mentaux³²² – pour le malade dangereux pour autrui comme pour le malade dangereux pour lui-même. Les juristes exigent que la probabilité du danger soit la plus sérieuse possible. En pratique, ils ont cependant encore tendance à l'admettre trop facilement³²³, et ce l'encontre des psychiatres qui déclarent qu'il est souvent impossible de prévoir avec certitude l'acte dangereux des malades mentaux³²⁴.

En bref, le danger selon sa nature peut être soit actuel soit futur. Dans tous les cas il doit être grave, c'est-à-dire atteindre ou menacer d'atteindre des biens juridiques protégés d'une grande valeur ainsi que la santé et les besoins vitaux du malade lui-même.

La dangerosité du malade mental délinquant appelle encore quelques remarques supplémentaires.

³²¹ Le Code italien de déontologie médicale, à l'art. 39, parle de consentement valable (*valido consenso*) au traitement. Pour être capable de donner un tel consentement, il faut être capable de comprendre et de vouloir (*capaci d'intendere e di volere*), ce qui n'est souvent pas le cas pour les malades mentaux. Pour approfondir GIUSTI, surtout aux pp. 29-31; STETTLER (1), pp. 18-26; FERRERO (1), pp. 61-66 et FERRERO (2), surtout aux pp. 7-13.

³²² A ce sujet, il est intéressant de reproduire l'intervention du professeur PICHOT, de l'hôpital de Sainte-Anne à Paris, devant la Commission des questions sociales et de la santé du Conseil de l'Europe. Ce dernier a qualifié de «monstrueuse» l'attitude consistant à renoncer à l'hospitalisation au motif de l'opposition du malade. Voici ce qu'il a déclaré: «Je prendrai comme exemple celui de la dépression mélancolique. Nous sommes en présence d'un sujet dont nous savons qu'il est atteint d'une affection guérissable, mais qui, s'il n'est pas soigné, présentera pendant toute la durée de sa maladie des souffrances morales particulièrement pénibles pour lui-même et pour son entourage, et que le risque qu'il se suicide est considérable. Quelle doit être notre attitude si ce sujet refuse l'hospitalisation? Certains, dans la ligne de SZASZ, déclarent que l'on doit le laisser libre. Personnellement, je considère une telle attitude comme monstrueuse. Lorsqu'un sujet se trouve dans le coma après un accident de la voie publique personne n'ose soutenir que, parce qu'il est incapable de prendre une décision, on doit l'abandonner à son sort. Or, le déprimé mélancolique est exactement dans la même situation. S'il est incapable de demander à être soigné, c'est à cause de sa maladie», Rapport sur la situation des malades mentaux, Conseil de l'Europe, Doc. 4014, pp. 9-10.

³²³ Diverses études relatives au rapport entre maladie mentale et dangerosité parviennent à la conclusion que les malades mentaux ne présentent pas un degré de dangerosité sensiblement plus élevé que les personnes psychologiquement saines. Partant, il ne faut pas considérer qu'en soi, la maladie mentale va de paire avec la dangerosité. La dangerosité est, non pas un diagnostic médical, mais le résultat d'une analyse approfondie du risque. De ce fait, il est inadmissible de classer une personne dans la catégorie des individus dangereux au seul motif qu'elle souffre et/ou qu'elle a souffert de troubles mentaux. La dangerosité est le «résultat d'une conjonction complexe de caractères personnels, de conditions de vie et de circonstances liées à l'environnement», FF 1999 1787 ad 213.451.

³²⁴ A ce propos, nous renvoyons aux critiques à l'encontre du critère de dangerosité du malade mental, infra, I^e Partie, section D, sous-section d), par. 2, iii).

ii) *Le danger du malade mental délinquant: son objet et sa nature*

Dans le cadre de cette analyse, le malade mental délinquant est défini comme tout malade ayant commis un délit, peu importe s'il subit une peine de prison ou s'il fait l'objet d'un placement d'office dans un hôpital. Il convient de distinguer le danger que représente un malade mental délinquant du danger que constitue un malade mental interné en raison de son état mental. Nous saisissons la portée d'une telle distinction lors de l'analyse de l'objet (ii.a) et la nature (ii.b) de la dangerosité du délinquant malade mental.

ii.a) *L'objet du danger*

L'objet principal du danger provenant du malade mental délinquant est «autrui». Le droit privilégie encore la protection de la société et des individus qui la composent par rapport à l'intérêt de la santé du malade délinquant³²⁵. C'est principalement le danger de répétition des infractions contre des biens juridiques protégés. En présence des malades mentaux non délinquants, l'emploi de la notion de danger «pour autrui» est dans la plupart des cas exclusivement préventif, l'acte dommageable ne s'étant pas encore produit. En revanche, le délinquant malade mental a, par définition, déjà commis une ou plusieurs infractions et le recours à la notion de danger «pour autrui» vise à éviter la commission de nouvelles infractions de sa part³²⁶.

En conséquence, s'il est vrai que l'élément préventif qui vise à éviter la récidive est toujours présent, l'acte dommageable s'est déjà produit et le délinquant peut dès lors être soumis à des mesures de sûreté³²⁷. Signalons tou-

³²⁵ Certains auteurs dénoncent la tendance juridique actuelle face à des délinquants malades mentaux qui fait encore prévaloir le souci historique de contrôle social et de protection de la collectivité sur la préoccupation moderne de soigner et réhabiliter le malade, SHAH, pp. 168-169.

³²⁶ Selon une certaine doctrine, le danger provenant du malade mental non délinquant doit être défini de «pré-délictueux», tandis que celui provenant du malade mental délinquant doit être qualifié de «post-délictueux», ODDONE, pp. 277-280. VAN DE KERCHOVE justifie une telle vision mettant l'accent sur l'interaction qui existe entre la culpabilité et la dangerosité. Il précise à cet égard que l'objet du danger, c'est-à-dire l'acte antisocial dirigé contre autrui, est généralement déterminé par référence à la liste des crimes et des délits désignés par la loi pénale, qui est l'expression de la volonté «générale» ou de la conscience «sociale» dégagée par une «observation sereine de la nature humaine». D'après cette conception, le critère de dangerosité est essentiellement légaliste. Cela signifie que ce critère se réfère ultimement à la loi pénale, y compris pour le malade non délinquant, car dans son cas le danger consiste en la probabilité qu'il commette un acte réprimé par une disposition pénale, VAN DE KERCHOVE, pp. 292-293. A notre avis, cette interprétation ne tient, d'une part, pas compte de la notion de danger pour le malade lui-même et, d'autre part, confère une connotation pénale, et donc répressive, désormais dépassée, à la notion de dangerosité.

³²⁷ L'art. 63 du Code pénal allemand autorise notamment le placement en hôpital psychiatrique du malade mental qui, en fonction de l'appréciation générale portée sur l'individu et sur l'acte commis, peut récidiver et commettre des délits graves et présente ainsi un danger pour la communauté. Il en va de même des art. 219 et 222 du Code pénal italien, 69 du Code pénal grec et de la Loi belge de défense sociale du 1^{er} juillet 1964.

tefois que le caractère des mesures de sûreté reste préventif, éventuellement dissuasif, et ne doit pas être confondu avec la nature répressive d'une peine de prison³²⁸.

L'analyse de la nature du danger provenant du délinquant révèle l'importance que le droit attache à la nécessité de protéger «autrui» contre ce type de malade.

ii.b) *La nature du danger*

Le malade mental délinquant est présumé dangereux³²⁹. Cela signifie qu'en principe tout malade mental ayant commis un délit est considéré comme dangereux, dans la mesure où il est pronostiqué qu'il commettra d'autres délits en l'absence des mesures de sûreté privatives de liberté³³⁰.

A ce propos, il convient de mentionner l'évolution de la notion de dangerosité du malade mental criminel contenue dans le Code pénal italien. Celui-ci prévoit l'internement du criminel, acquitté pour cause de maladie mentale, dans un hôpital psychiatrique judiciaire ou dans une maison de cure et de surveillance (*ospedale psichiatrico giudiziario, casa di cura e di custodia*)³³¹ en raison du danger qu'il représente pour la société. Il s'agit d'une mesure de sûreté d'une durée minimale de deux ans qui est ordonnée par le juge pénal. La présomption de la dangerosité sociale du malade mental délinquant est longtemps demeurée irréfragable, ce qui signifiait que cette dangerosité ne devait pas être établie ou contrôlée par le juge, sauf si l'acte délictueux avait été commis plus de dix ans auparavant. Le 29 juillet 1982, la Cour constitutionnelle italienne a déclaré inconstitutionnel le caractère irréfragable de cette présomption. La présomption de dangerosité du malade mental délinquant subsiste mais devient réfragable, ce qui implique que le juge doit vérifier auprès d'un expert psychiatre si la dangerosité sociale du délinquant du fait de sa maladie persiste³³².

³²⁸ Pour approfondir, STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, pp. 4-20 ainsi que nos développements, supra, I^e Partie, section D, sous-section b) par. 1, i) et iii). DOURAKI distingue deux formes principales de dangerosité sociale pour les malades mentaux délinquants. D'une part, la dangerosité de ceux qui ont commis de petits délits, c'est-à-dire des personnes qui forment la clientèle habituelle aussi bien des hôpitaux psychiatriques que des prisons, et dont la caractéristique commune est la misère, aussi bien intellectuelle que celle qui se traduit par un manque de valeur dans une société industrialisée, un appauvrissement des rapports humains, renforcé par un appauvrissement de la culture. D'autre part, la dangerosité des malades mentaux délinquants qui ont commis des délits graves contre autrui. Pour ces malades, la seule solution reste les mesures de sûreté ordonnées et exécutées dans un établissement psychiatrique sécurisé, DOURAKI (5), pp. 446-447.

³²⁹ FF 1999 1787 ad 213.451.

³³⁰ Il s'agit d'une tendance fort présente dans les codes pénaux européens, FLOUD/YOUNG, pp. 15-18, 25-28 et 48-49.

³³¹ Art. 219 et 222 du Code pénal italien.

³³² Pour approfondir, STELLA/ZUCCALA, pp. 356-357; CRESPI/ZUCCALA/STELLA, ad art. 222 ainsi que DOURAKI (1), pp. 75-76.

Cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne reflète le consensus régnant à l'égard du malade mental délinquant. Ce dernier est présumé dangereux parce qu'il a déjà commis un délit et, à ce titre, peut et, selon toute vraisemblance, va en perpétrer d'autres. Cette présomption ne doit cependant pas valoir pour n'importe quel délinquant malade mental. Elle existe en fonction de la gravité du délit commis et du trouble mental dont souffre le malade³³³. Le délit grave équivaut à toute atteinte à des biens juridiques hautement protégés, en particulier à la vie et à l'intégrité physique et morale d'autrui³³⁴. Nous rejoignons ici la notion de danger pour autrui des malades mentaux ordinaires. Par trouble mental grave, il faut entendre essentiellement les formes sérieuses de psychoses, de psychopathies et de névroses.

A la lumière de la casuistique juridique – nationale ou internationale – la gravité du délit est souvent directement proportionnelle à la gravité du trouble mental. Certaines formes de maladies mentales sont ainsi considérées comme un indice presque irréfragable d'un état délictueux permanent. Cette conception, qui trouve vraisemblablement son origine dans les études cri-

³³³ L'art. 41 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni prévoit que la constatation de la dangerosité du délinquant malade dépend de la nature de l'infraction commise et des antécédents criminels et médicaux dudit délinquant. La jurisprudence italienne distingue le malade mental délinquant du malade mental non délinquant, car le premier manifeste concrètement, à travers la commission de délits graves, une dangerosité sociale redoutable (*presupposta diversità di situazioni esistente tra i comuni infermi di mente e quelli che, attraverso la commissione di gravi reati, hanno in concreto manifestato una temibile pericolosità sociale*, Cour constitutionnelle, sez. I 81/147804). Sur la valeur du passé criminel lors du diagnostic de dangerosité, CommEDH, req. 18166/91, E. M. c. Autriche, §§ 6-14. Les juges utilisent à cet égard souvent des formules vagues. Dans la jurisprudence du TF notamment, nous retrouvons des formules comme celle qui suit «[...] L'expert et l'autorité cantonale ont examiné et apprécié les divers éléments susceptibles de justifier un pronostic favorable. Contrairement à ce que soutient [le recourant], les facteurs dénotant un risque de récidive ne sauraient être considérés comme purement hypothétiques. La dimension émotionnelle du vécu est sous-développés chez [le recourant], ce qui rend son comportement véritablement imprévisible et laisse subsister un danger pour la société. Eu égard à l'impression que donne actuellement [le recourant] ainsi qu'à l'expertise psychiatrique dont on dispose, il faut considérer le trouble dont il est atteint comme un état durable, qui continue à comporter un potentiel de violence [...]», ATF du 30 avril 2001 [6A.31/2001] en la cause B. c. canton Genève, consid. 2b. En d'autres termes, il est aléatoire d'évaluer la dangerosité d'un délinquant malade mental. Si, sur la base d'une expertise psychiatrique, le juge acquiert la conviction que le délinquant, même médicalement traité, demeure dangereux, il doit admettre que l'internement est justifié. Le pouvoir de contrôle du juge sur le bien-fondé d'une telle expertise reste limité, voir inexistant. Sur ce sujet, infra II^e Partie, section C, sous-section b), par. 2, i.b).

³³⁴ L'art. 64 al. 1 nCPS indique notamment l'assassinat, le meurtre, la lésion corporelle grave, le viol, le brigandage, la prise d'otage et l'incendie. Pour une explication, FF 1999 1787 ad 213.451. Cependant et sous l'empire du droit encore en vigueur, des menaces de mort, même proférées à l'encontre d'un cercle restreint de personnes, peuvent justifier l'internement. Telle a été la décision du TF confronté à un délinquant malade mental qui avait formulé des menaces de mort un mois après sa sortie de prison où il venait de purger une peine pour mise en danger de la vie d'autrui, ATF du 28 novembre 2000 [6S.564/2000] en la cause X c. canton Bâle, consid. 2b.

minologiques³³⁵, a désigné les délinquants psychopathes comme catégorie à risque. Dans ce contexte, psychopathe³³⁶ ne signifie pas une personne souffrant de psychopathies³³⁷ mais un «*Geisteskrank*». Ce terme désigne toutes les affections psychiques graves dont les symptômes caractéristiques sont l'asocialité, l'amoralité, les réactions agressives et impulsives ainsi que les difficultés relationnelles³³⁸.

Une telle vision est si répandue que l'Exposé des motifs sur la Recommandation du Conseil de l'Europe relative à la détention et au traitement des détenus dangereux emploie le terme «psychopathes» pour définir les détenus malades mentaux qui présentent des troubles persistants de la personnalité manifestant une conduite d'une agressivité et d'une violence anormales³³⁹.

³³⁵ Pour certains auteurs et dans ce domaine, le rôle des médias – qui peuvent être à l'origine d'un battage médiatique autour de certains cas particuliers – ne doit pas être négligé, BORGHI (2), pp. 45-48; ainsi que HOUCHON, pp. 126-129; KILLIAS (1), surtout aux pp. 415-422; KILLIAS (3), pp. 95-133 et KILLIAS (4), pp. 99-289.

³³⁶ Parfois, l'expression de *sociopathe* peut figurer à côté de celle de *psychopathe*. La signification du terme «sociopathe» ou «psychopathe» ne fait pas toujours l'unanimité. D'une façon générale, les deux termes désignent une catégorie de malades mentaux délinquants particulièrement dangereux. Il convient cependant d'apporter la nuance suivante, à savoir que les psychopathes auraient tendance à manifester leur agressivité par des crimes sexuels, tandis que les sociopathes démontreraient leur personnalité antisociale par des réactions brutales visant à violer l'intégrité physique et psychique d'autrui, STONE, pp. 19-20, MONAHAN/STEADMAN, pp. 136-140 ainsi que GARCIA-PABLOS DE MOLINA/GOMES, pp. 224-233. Certains auteurs distinguent également entre les *malades mentaux* et les *anormaux mentaux*. Ils classifient parmi les malades mentaux les schizophrènes, les maniaco-dépressifs, les individus souffrant de névroses, d'angoisse obsessionnelle et phobique et de syndromes cérébraux organiques, qui, d'après des études statistiques, seraient les moins dangereux. La catégorie des anormaux mentaux, en revanche, est constituée de tous les sociopathes et les psychopathes, qui seraient les plus dangereux dans la mesure où ils se révoltent ouvertement contre la société et sont réfractaires à tout traitement, LIEVENS, pp. 56-57. Plus en général, REHN, URBANIÖK ainsi que BERTSCHI, surtout aux pp. 491-494

³³⁷ Supra, I^e Partie, section B, sous-section a), ainsi que les références citées.

³³⁸ STUMME donne une très bonne définition du «*Geisteskrank*»: Der Geisteskrank wird «[...] als unberechenbar, impulsiv, unkontrolliert, gewalttätig, gefährlich, extrem irrational, unverantwortlich, relativ wertlos, schmutzig, gefühllos, unehrlich» beschrieben. STUMME, cité par BORGHI (2), p. 48. Selon le TF, cette notion de «*Geisteskrank*» inclut les «Schwachsinnzustände, die Psychopathien, die psychogenen Fehlentwicklungen mit Einschluss der Neurosen und die chronischen und psychischen Geisteskrankheiten», ATF [65.768/1999] du 29 janvier 2000, consid. 1a, ainsi que TRECHSEL (2), ad art. 10, pp. 41-42. Pour un étude casuistique sur la dangerosité des psychopathes, REID, pp. 72-80. REID souligne qu'il n'existe pas de définition universelle de «psychopathe», chaque praticien fournit sa propre définition puisque «the mental image or impression which is conjured up by the term *psychopath* is of course a personal one».

³³⁹ Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (82) 17, § 21. Les auteurs de l'Exposé des motifs semblent avoir été influencés par le droit britannique. D'après celui-ci, les personnes souffrant de «*psychopathic disorders*», c'est-à-dire les psychopathes, sont des malades souffrant de graves troubles de la personnalité et manifestant un comportement particulièrement agressif et violent à l'origine d'actes délictueux répétés. Rappelons qu'autrefois considérés comme inguérissables et enfermés dans des hôpitaux ou prisons à haute surveillance, les psychopathes peuvent aujourd'hui voir leur état améliorer par le biais de soins adéquats, BLUGLASS, pp. 24-28; HODGINS, pp. 97-134 ainsi que nos développements, supra, I^e Partie, section D, sous-section c) par. 3, ii.a).

C'est du reste le seul texte juridique qui n'est pas un texte national et qui distingue expressément la dangerosité du délinquant malade mental de celle du malade mental non délinquant. Les autres textes internationaux se réfèrent en général au «danger» du malade mental, indépendamment du fait que le malade soit délinquant ou non³⁴⁰.

Le malade mental délinquant dangereux représente alors un danger présumé, dont la nature dépendra du degré de gravité de sa maladie et du crime commis. La présomption de dangerosité sociale du délinquant malade mental doit toutefois être appréciée strictement³⁴¹. Certains critères de dangerosité du délinquant malade mental, en sus de la gravité du délit et du trouble mental, ont été élaborés afin de guider le juge dans cette appréciation. Il s'agit notamment des critères relatifs à l'ensemble de la personnalité du malade, à son passé psychiatrique et judiciaire, aux motifs l'ayant poussé à l'acte ainsi qu'au type d'actes commis, tels que les meurtres, les blessures corporelles ou les agressions sexuelles³⁴².

Considérant les développements qui précèdent, il convient de se demander si le délinquant malade mental est vraiment plus dangereux que le malade mental non délinquant. Un délinquant malade mental est présumé dangereux et le droit, national comme international, a plutôt tendance à privilégier le souci de protection d'autrui que l'octroi de soins au délinquant. Ces deux différences sont une conséquence directe du fait que ce dernier a déjà commis un acte dangereux. Pour le reste, les dangers représentés par le malade mental délinquant et le malade mental non délinquant possèdent les mêmes caractéristiques³⁴³.

³⁴⁰ Art. 3 de la Recommandation N° R (83) 2, art. 17 de la Recommandation N° REC(2004)10, ainsi que le principe 16 des Principes des Nations Unies.

³⁴¹ La doctrine souligne que le simple fait pour le malade mental délinquant d'avoir commis une fois un délit, aussi grave soit-il, ne signifie pas nécessairement que ce malade récidivera. C'est pour cette raison que la présomption de dangerosité doit être utilisée avec extrême précaution, VAN OUTHRIE, pp. 145-154. Pour une critique de la présomption de dangerosité du malade mental délinquant, également MORRIS, pp. 65-108, surtout aux pp. 68-69 et 80-81.

³⁴² La jurisprudence anglo-saxonne a établi des critères bien précis: «The mentally disordered offender must a) have been convicted of a serious personal injury offence, defined as indictable offence (involving the use or attempted use of violence or conduct endangering or likely to endanger life or safety or inflicting or likely to inflict severe psychological damage) or sexual offences (ranging from sexual assault to aggravated sexual assault) and must show b) a pattern of repetitive behaviour [...] showing a failure to restrain his behaviour and a likelihood of his causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage upon other persons, through failure to restrain his behaviour; or a pattern of persistent aggressive behaviour [...] showing a substantial degree of indifference on the part of the offender as to the reasonably foreseeable consequences to other persons of his behaviour; or a failure to control his sexual impulses and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses [...]», DICKENS, pp. 188-189.

³⁴³ Dans ce sens MONAHAN/STEADMAN, pp. 89-93. Pour approfondir, LIEVENS, pp. 53-60.

Les critiques émises à l'encontre du critère de dangerosité valent d'ailleurs généralement pour le délinquant malade mental aussi bien que pour le malade mental non délinquant.

iii) Les critiques à l'encontre du critère de dangerosité

Avant de prendre une importance prédominante comme concept juridique, le critère de dangerosité a été largement utilisé par la psychiatrie. Dans le milieu médical, la dangerosité n'est actuellement plus une préoccupation primordiale. La découverte des substances psychotropes³⁴⁴ a enlevé à la maladie mentale ce qu'elle avait de dangereux. En psychiatrie, la dangerosité semble davantage liée à la difficulté de prendre en charge et d'appliquer un traitement hors de l'institution hospitalière qu'au besoin de prévenir ou de faire cesser des réactions perturbatrices de l'ordre public. L'augmentation du nombre des psychiatres et la création de multiples services sociaux et extra-hospitaliers occupant un grand nombre de collaborateurs, et pas seulement des médecins, a fortement contribué à ce climat sécuritaire³⁴⁵.

Le droit, national comme international, demeure toutefois fidèle au critère de dangerosité du malade mental. Une telle fidélité est source de critiques, dont nous allons évoquer ici les trois principales.

La première critique porte sur l'absence d'une définition claire de la notion de dangerosité. En effet, en dépit du fait que certaines législations internes commencent à esquisser une telle définition³⁴⁶, la notion de dangerosité n'est généralement pas clairement délimitée. Ceci a comme conséquence d'accroître le rôle de la psychiatrie dans le diagnostic de dangerosité.

³⁴⁴ Par substances psychotropes, on entend des médicaments, notamment des psycholéptiques et des tranquillisants, qui agissent sur le psychisme comme des calmants. A cet égard et pour une vulgarisation, PECCARISI, C., «Quali sono e come agiscono gli psicofarmaci», Dossier salute, Corriere della Sera, 2 ottobre 1995.

³⁴⁵ LIEVENS, pp. 38-41.

³⁴⁶ SHELTON et DOURAKI reproduisent un article de la législation allemande de la Rhénanie du Nord donnant une définition de la dangerosité du malade mental qui pourrait servir de modèle: «La détention des personnes qui souffrent de psychose, de trouble mental équivalent à une psychose, d'une manie ou de faiblesse de caractère n'est autorisée que si et aussi longtemps que leur comportement morbide à l'égard d'eux-mêmes et d'autrui constitue pour la sécurité publique ou l'ordre public un danger réel qui ne peut être écarté par d'autres moyens. La détention est également permmissible si, par suite du comportement morbide, il y a un danger réel, qui ne peut être écarté par d'autres moyens, que l'intéressé se suicide ou compromette gravement sa santé. L'absence de consentement à se soumettre à un traitement ne justifie pas en soi la détention. [...] il existe un danger réel si la conséquence de la maladie est qu'un événement occasionnant des dommages est imminent ou que, bien que l'on puisse le prévoir en raison du caractère imprévisible de la personne, il faille s'attendre à ce qu'il se produise à n'importe quel moment par suite de circonstances spéciales», SHELTON/ DOURAKI, AS/Jur. (43) 41, p. 3.

Les experts psychiatres doivent concilier le concept médical de dangerosité, désormais dépassé, avec la nécessité juridique, très actuelle, de protéger autrui comme le malade mental lui-même. La réelle difficulté de déterminer avec le maximum de certitude la dangerosité constitue un aspect supplémentaire. Les malades mentaux ne sont souvent pas si agressifs qu'ils laissent le croire et les menaces sont proférées à de multiples reprises sans véritable intention de passer à l'acte³⁴⁷. De plus, si l'existence de certains indices, comme par exemple un passé d'actes violents ou la gravité du trouble mental, peut guider l'expert, les médecins estiment que le diagnostic de dangerosité demeure essentiellement prophétique et comporte un risque d'erreur supérieur à la normale³⁴⁸. D'ailleurs, les psychiatres redoutent les conséquences d'un diagnostic négatif, qui permettrait au malade mental de réintégrer la société au sein de laquelle il pourrait causer des dommages à lui-même ou à autrui³⁴⁹. C'est pour cette raison qu'une proportion élevée d'individus non dangereux se voit considérée comme dangereux, ce qui affecte indiscutablement le sérieux du diagnostic.

La peur d'être tenu pour responsable amène les psychiatres à effectuer le plus souvent une appréciation globale de la maladie, sans tenir compte des caractéristiques propres à chaque patient. Ainsi, certaines formes de maladie mentale – notamment la schizophrénie, les psychopathies graves et les épilepsies³⁵⁰ – sont classifiées comme «naturellement» dangereuses. Dès lors

³⁴⁷ LIEVENS souligne, en outre, que les actes de violence ne surviennent en général que pendant les phases initiales de la maladie mentale. Par ailleurs, la majorité des patients qui formulent des menaces de mort ou d'attaque à l'encontre de tiers le font sans préciser leur victime. Ceci laisse à penser qu'il s'agit des menaces proférées en l'air, LIEVENS, pp. 56-57. Selon SHAH, s'il s'agit vraiment de menaces proférées dans le vide, le diagnostic de dangerosité n'est que partiellement erroné et doit être qualifié de «*false positive error*». Il reste à déterminer comment l'erreur de diagnostic peut être identifiée, concrètement et avec suffisamment de certitude, SHAH, p. 162; MENZIES/SEPEJAK/WEBSTER, pp. 117-118 et STEADMAN, pp. 123-136.

³⁴⁸ Des études statistiques ont démontré que plus de 50% des patients n'ont jamais commis les actes dommageables prévus, FLOUD/YOUNG, pp. 90-94. Pour un aperçu des difficultés que rencontrent les experts psychiatriques lors d'un diagnostic de dangerosité, COTTANCEAU/GUILLAUMOT, pp. 169-174 ainsi que RAPPEPORT, pp. 391-414.

³⁴⁹ MCFARLANE met en évidence le rôle de l'opinion publique, surtout en ce qui concerne la dangerosité des délinquants malades mentaux, et le dilemme que doivent affronter les psychiatres: «If he [the psychiatrist] releases a [...] man who shortly resumes his old pattern of crime, it reflects poorly on the entire profession and arouses public scepticism and indignation, especially since such cases are apt to be widely publicised and sensationalised. If he [the psychiatrist] detains a man excessively long, he may have to deal with his own conscience», MCFARLANE, p. 214.

³⁵⁰ LIEVENS, p. 44 ainsi que BROOKS, pp. 41-44. Il convient de préciser que deux méthodes sont utilisées pour le diagnostic et la prévision de l'état dangereux. Il s'agit, d'une part, de la méthode clinique, qui se base sur l'examen de l'état mental passé et présent du patient, et, d'autre part, de la méthode statistique, qui utilise des échelles de prédiction. En théorie, les deux méthodes devraient être complémentaires, mais, en pratique, l'étiquetage de certaines formes de maladie mentale comme naturellement dangereuses démontre une tendance à avoir recours principalement à la méthode statistique. Cette méthode est, par ailleurs, vivement critiquée car elle ne tient pas compte des spécificités individuelles et des changements de personnalité. La critique principale a pour objet les taux de prédiction qui sont, dans la plupart des cas, erronés.

que le diagnostic de maladie mentale révèle l'existence d'un des troubles susmentionnés, le diagnostic de dangerosité est presque immédiat.

La deuxième critique vise la nature du concept relatif de dangerosité du malade mental alors que celle-ci est souvent présentée comme une donnée absolue. La relativité de la dangerosité est double, dans la mesure où cette notion dépend également de l'appréciation personnelle du juge, qui peut – et doit – différer de celle du psychiatre.

Il existe, d'une part, une relativité quant au lieu. «Imaginons un individu atteint de troubles, qui s'exhibe dans une ruelle mal éclairée, et un autre faisant la même chose à l'entrée d'un lycée. Le verdict du juge sera probablement beaucoup plus sévère dans le second cas bien que l'avis des psychiatres soit exactement le même en ce qui concerne les deux exhibitionnistes»³⁵¹.

Il convient, d'autre part, de tenir compte de la relativité quant au temps. «Des notions telles que l'intérêt et l'ordre publics ont un caractère relatif et varient non seulement d'un pays à l'autre, mais aussi en fonction de l'époque. Il existe une jurisprudence abondante d'où il ressort que certains individus, dangereux dans le passé, auraient pu vivre aujourd'hui parmi nous, comme des citoyens ordinaires»³⁵².

Il découle de ce qui précède que les juges doivent interpréter strictement le critère de dangerosité et trouver un compromis tenant compte du besoin de répression, de traitement médical et de protection sociale³⁵³, alors que les psychiatres poursuivent un but exclusivement thérapeutique et interprètent largement ce critère.

La troisième critique constitue la conclusion des deux autres. La constatation de la dangerosité d'un malade mental résulte notamment d'un jugement émis sur des comportements moraux, sociaux et légaux qui pourraient être attribués à presque toute conduite quelque peu «désagréable socialement»³⁵⁴. Sa valeur juridique est donc tout aussi relative et son utilisation pourrait se révéler arbitraire.

Les tenants de ces critiques proposent le remplacement du critère de dangerosité par celui du traitement médical.

HARDING souligne qu'il faut s'en tenir aux manifestations d'une maladie mentale grave nécessitant un traitement hospitalier. Ce n'est pas le danger du malade mental pour lui-même ou pour autrui qui doit justifier la base

³⁵¹ Rapport sur la situation des malades mentaux, Conseil de l'Europe, Doc. 4014, p. 8.

³⁵² Ibid., p. 10 ainsi que TORRELLI, pp. 154-155.

³⁵³ MONAHAN, p. 40.

³⁵⁴ McFARLANE, pp. 214-219; GREENLAND, pp. 27-30 et SCHWITZGEBEL, pp. 83-84.

d'une décision judiciaire d'hospitalisation, mais le besoin d'un traitement et son évolution³⁵⁵.

En Italie, la Loi N° 180 s'inscrit dans cet ordre d'idées. Elle a substitué le critère de traitement sanitaire obligatoire à celui de dangerosité³⁵⁶. Par rapport à l'ancien texte qui se basait sur la dangerosité et s'inspirait de la conception de LOMBROSO³⁵⁷ utilisée pour les malades mentaux, criminels et non, le progrès réalisé est considérable³⁵⁸. De son côté, au Royaume-Uni, la Loi sur la santé mentale prévoit qu'il incombe au médecin responsable d'apprécier si le traitement en hôpital pourrait apporter une amélioration ou empêcher une détérioration de l'état de santé du malade mental³⁵⁹. Ainsi, c'est l'efficacité du traitement approprié – et non pas la dangerosité du malade mental – qui fonde le séjour hospitalier.

Une autre proposition, moins radicale, revient à qualifier différemment le critère de dangerosité. La connotation de celui-ci est en effet négative et rappelle l'époque «des asiles psychiatriques», durant laquelle la protection de la société par tous les moyens prévalait sur l'intérêt du malade mental à être soigné. La question de la qualification différente du critère de dangerosité s'est posée lors de l'élaboration des Principes des Nations Unies. Des expressions comme «tort grave à lui-même ou à autrui³⁶⁰», «nuire gravement à lui-même ou à autrui³⁶¹» ont été proposées. Les rédacteurs ont finalement opté pour la formule «risque sérieux de dommage pour la personne malade ou pour autrui³⁶²».

La proposition formulée dans la Recommandation 1235 (1994) pourrait représenter un compromis. Elle prévoit en toutes lettres que, lorsque l'absence de placement peut entraîner une détérioration de l'état du patient ou l'empêcher de recevoir un traitement approprié, le besoin de traitement

³⁵⁵ HARDING (2), pp. 331-348 et HARDING (1).

³⁵⁶ Art. 1^{er} de la Loi italienne N° 180. Pour approfondir PIZZI ainsi que CASSANO/MAURI/PETRACCA/SARTESCHI, pp. 32-42.

³⁵⁷ En simplifiant selon la conception de LOMBROSO, la dangerosité des criminels aliénés était surtout due à une malformation congénitale du cerveau ou à des maladies nerveuses, souvent héréditaires. L'acte dangereux était donc indépendant de la volonté desdits criminels et souvent inévitable, LOMBROSO, C., *La medicina legale dell'alienazione*, Turin, 1873 ainsi que du même auteur, *Il crimine, causa e rimedi*, Turin, 1899.

³⁵⁸ Art. 1^{er} de l'ancienne Loi italienne N° 36 du 14 février 1904. Son règlement d'application, entre autres, illustre le fait que cette loi tenait compte de la dangerosité du malade mental et visait principalement à assurer les moyens pour protéger la société. Ledit règlement prévoyait des locaux d'isolement pour «les dangereux internés définitivement».

³⁵⁹ Art. 20 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni.

³⁶⁰ Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1988/WG.3/WP.3, du 11 août 1988, p. 5.

³⁶¹ Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1988/23, du 26 août 1988, p. 11.

³⁶² Principe 16 des Principes des Nations Unies. Cette formulation a par ailleurs été reprise textuellement par l'art. 17 de la Recommandation N° REC(2004)10.

peut constituer un critère en sus de l'existence d'un danger grave pour le patient lui-même ou pour autrui³⁶³. Le «Livre blanc» et la Recommandation N° REC(2004)10, pour leur part, mettent l'accent sur les besoins ainsi que sur l'efficacité du traitement plutôt que sur la notion de dangerosité³⁶⁴.

Les critiques émises à l'encontre du critère de la dangerosité sont peut-être quelque peu excessives. Il est vrai que la prédiction d'un comportement dangereux peut être une tâche assez ardue pour les psychiatres ainsi que pour les juges. Dans la pratique, il existe toutefois des indices suffisants qui permettent de juger sans risque d'arbitraire. Tel est notamment le cas lorsque l'histoire personnelle récente du malade fait état d'actes de violence, lorsque le diagnostic de dangerosité ne vaut que pour le futur immédiat et lorsque le malade mental est gravement atteint³⁶⁵.

Par ailleurs, les autorités judiciaires doivent interpréter strictement la notion de dangerosité et tenir compte du besoin du malade mental d'être soigné. Le but principal poursuivi par ces autorités doit consister à rendre possible l'administration au malade mental d'un traitement visant à diminuer, si ce n'est à éliminer, les risques d'actes dangereux. Le malade mental ne sera libéré qu'une fois que le traitement aura obtenu les meilleurs résultats possibles.

Les législateurs, nationaux comme internationaux, sont peu enclins à abandonner définitivement le critère de dangerosité, car il s'agit avant tout d'un critère juridique³⁶⁶. Le critère de traitement demeure, quant à lui, un critère médical. Or, dans le domaine de la santé mentale, où l'autorité des psychiatres est difficilement remise en question, les juristes ont besoin de conserver leurs outils juridiques.

En bref, la notion «juridique» de malade mental ne correspond pas nécessairement à la notion médicale. Elle se réfère aux concepts psychiatriques universellement connus, tout en les interprétant en fonction des besoins du droit. L'évolution de la psychiatrie moderne influence en particulier l'utilisation des termes reproduits dans les textes et l'intégration progressive des systèmes de santé mentale et pénale. A la recherche d'un critère constitutif propre de la notion de maladie mentale capable d'assurer une certaine prévisibilité

³⁶³ Art. 7 par. i) let. a) de la Recommandation 1235 (1994).

³⁶⁴ «Livre Blanc», point 6, ainsi que l'Exposé des motifs de la Recommandation N° REC(2004)10, § 132.

³⁶⁵ MONAHAN, p. 44.

³⁶⁶ Il est utile de rappeler que la mise en danger, qu'elle soit abstraite, concrète, directe, indirecte, partielle, effective ou légalement présumée, représente l'élément matériel constitutif de l'infraction pénale. Sur la signification de ces différentes formes de danger en droit pénal, HENNAU/VERHAEGEN, pp. 52-126.

et sécurité juridique, le droit a mis l'accent sur le critère de dangerosité, alors que la psychiatre se dirige désormais vers le critère de la nécessité d'administrer un traitement approprié. Le choix de reprendre dans les textes nationaux et internationaux le critère de traitement, expression plus neutre que celui de «dangerosité», apparaît toutefois purement formel. L'essentiel réside dans la collaboration entre psychiatres et juristes³⁶⁷ afin d'interpréter restrictivement les cas où le malade mental doit être hospitalisé. Dans ce cadre, il est opportun de ne pas oublier que le traitement doit demeurer le but principal de toute hospitalisation forcée³⁶⁸ et que des concepts juridiques, telle que la présomption de dangerosité du délinquant malade mental, doivent être abandonnés. C'est d'ailleurs ce qu'affirme le Rapport du Conseil de l'Europe lorsqu'il souligne que «il ne serait pas excessif de prétendre que si l'on a recours à l'hospitalisation forcée, c'est moins parce que l'on craint qu'un individu constitue un danger pour lui-même et autrui que parce qu'il a besoin de soins et pour favoriser sa réintégration future»³⁶⁹.

³⁶⁷ «There must be far more communication between jurists and psychiatrists so that the strong arm of the law knows what the weak hand of psychiatry is doing, and even more important, perhaps, capable of doing [...]. Unless and until something of this sort is brought about [...] psychiatrists and jurists, instead of being [...] brothers in law, will become increasingly partners-in-crime», MENZIES/SEPAJAK/WEBSTER, p. 137.

³⁶⁸ Art. 2 de la Recommandation N° R (83) 2, art. 17 al. 1 let. iii) de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que le principe 16 des Principes des Nations Unies.

³⁶⁹ Rapport sur la situation des malades mentaux, Conseil de l'Europe, Doc. 4014, p. 13.

Conclusion

L'expression «malade mental» est la plus appropriée, en droit interne comme en droit international, pour qualifier une personne, délinquante ou non, atteinte d'altérations mentales. D'une manière générale, cette expression vise l'ensemble des affections psychiques établies par la psychiatrie, plus particulièrement les troubles psychogènes. Son emploi présente deux avantages principaux en ce sens que, d'une part, il souligne le besoin du malade mental d'être soigné et réintégré dans la société et, d'autre part, il symbolise l'intégration progressive des régimes nationaux pénaux et sanitaires.

La nature évolutive de la maladie mentale et les progrès constants de la psychiatrie rendent difficile la définition de la notion de «malade mental». Le droit fait alors appel aux critères médicaux avant de leur associer des critères juridiques. Ces derniers permettent aux autorités judiciaires de tenir compte des effets défavorables d'une décision de maladie mentale sur les droits de l'individu concerné. Ce sont également ces critères qui réduisent fortement le risque de pratiques abusives ou de diagnostics médicaux arbitraires.

Le critère sociologique – critère négatif – démontre en quoi les difficultés d'adaptation qu'un individu peut ressentir dans une société donnée ainsi que les comportements qui en découlent, qui s'écartent des normes prédominantes dans cette même société, ne doivent pas, en tant que tels, être considérés comme synonymes de maladie mentale.

Le critère de dangerosité – critère positif – désigne clairement le type de malade mental dont il s'agit, à savoir le malade dont le comportement dangereux, pour lui-même ou pour autrui, justifie des mesures de privation de liberté, généralement sous la forme d'une hospitalisation à des fins thérapeutiques.

La dangerosité du malade mental délinquant se distingue de celle du malade mental non délinquant principalement du fait que ce dernier commet l'acte dommageable. Il en résulte une présomption réfragable de dangerosité du délinquant, qui doit être utilisée avec une extrême prudence. Cette même prudence doit guider les juges et les psychiatres lorsqu'ils collaborent afin de déterminer si un malade mental non délinquant doit être qualifié de dangereux, étant précisé que le but principal d'une telle qualification doit être thérapeutique. Dans ces conditions, les critiques émises à l'encontre du critère de dangerosité perdent une bonne partie de leur fondement.

L'interprétation du critère sociologique doit être large, afin d'éviter que des comportements non conformes à des normes établies par une majorité sociale donnée ne soient réprimés par le biais d'un diagnostic de maladie mentale. Il convient, en revanche, d'interpréter restrictivement le critère de

dangereuse afin que la sauvegarde de la liberté personnelle de tout individu ne devienne inefficace. Cette interprétation stricte est d'autant plus nécessaire lors de l'application de la notion de danger pour soi-même.

Deuxième partie

**La privation de liberté du malade
mental:
formes et conditions**

Introduction

L'Etat doit pouvoir priver de liberté ceux qui représentent une menace pour l'ordre social. Les textes internationaux circonscrivent la protection de la liberté physique au droit de tout individu de ne pas être détenu ou arrêté arbitrairement ou abusivement (A).

En ce qui concerne la détention des malades mentaux, des impératifs thérapeutiques bien définis priment sur des impératifs d'ordre public. Après l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, la jurisprudence strasbourgeoise a notamment mis l'accent sur ces derniers en élaborant des critères minimaux requis pour qu'un aliéné ne soit pas soumis à une hospitalisation injustifiée – ou justifiée par un autre motif que le traitement de celui-ci. Dans la pratique, toutefois, des soucis de sauvegarde de l'ordre social sont encore trop souvent prédominants (C).

La protection octroyée dans le cadre conventionnel constitue, cependant, un minimum essentiel contre les risques d'abus et d'arbitraire dans le placement forcé des malades mentaux. Pour cette seule raison déjà, les garanties consacrées devraient pouvoir bénéficier d'une application la plus vaste possible (B).

A. En général

Le droit à la liberté occupe une place éminente dans une société démocratique³⁷⁰. La notion de liberté dans le langage courant est un concept extrêmement vague. A l'extrême, le droit à la liberté pourrait être compris comme le droit de toute personne de faire ce dont elle a envie³⁷¹. Le droit à la liberté protégé par les instruments internationaux, notamment par les art. 5 CEDH et 9 Pacte II, est en revanche défini très précisément. Il fait référence à la liberté personnelle au sens classique, à savoir la liberté physique de la personne d'aller et venir³⁷², c'est à dire de ne pas être arrêtée ou détenue. Ce droit ne pouvant pas être absolu, il est soumis à des restrictions.

Les dispositions précitées protègent l'individu contre une privation de liberté (a) arbitraire (b)³⁷³. Cette protection est garantie à «toute personne», à savoir à l'adulte, au mineur, mais aussi aux détenus³⁷⁴. Les art. 5 CEDH et 9 Pacte II, sans oublier l'art. 7 CADH, ont essentiellement la même portée.

Jusqu'à aujourd'hui, la seule casuistique internationale relative à la détention des malades mentaux est celle émanant des organes de Strasbourg. En raison notamment des caractéristiques politico-juridiques des Etats signataires, les organes de contrôle de deux autres instruments internationaux, respectivement le Comité des droits de l'homme pour le Pacte II et la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme pour la CADH, sont confrontés à des cas que nous pouvons qualifier de plus «classiques» de privation de liberté (détentions sans base légale et irrégulières, traitements inhumains, torture, etc). Partant, les développements qui vont suivre porteront presque exclusivement sur l'art. 5 CEDH.

³⁷⁰ CourEDH, affaire Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt du 8 juin 1976, § 69 et CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, §§ 37 et 39.

³⁷¹ Un exemple de la portée large que possède la notion de liberté personnelle est fourni par la jurisprudence du TF. La liberté personnelle inclut dans son champ d'application l'intégrité physique, l'intégrité psychique et, dans une certaine mesure, toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine, ATF du 23 février 2004 [IP.682/2003] en la cause G. A. C. c. canton Genève, consid. 3; ATF du 27 janvier 2004 [IP.708/2003] en la cause X c. canton Genève, consid. 3; ATF 130 I 65 consid. 3.1; ATF 127 I 6 consid. 5; ATF 126 I 112 consid. 3 et renvois, ATF 118 la 427; ATF 117 la 30; ATF 115 la 246; ATF 113 la 257; ATF 90 I 29 et ATF 89 I 92. Pour une comparaison avec l'art. 5 CEDH, TRECHSEL (7), pp. 206-207.

³⁷² CourEDH, affaire Engel et autres, arrêt du 8 juin 1976, § 58; ainsi que TRECHSEL (5), p. 282; TRECHSEL (3), p. 88; MURDOCH (2) et NOWAK, p. 159.

³⁷³ CourEDH, affaire Schiesser c. Suisse, arrêt du 4 décembre 1979, § 30.

³⁷⁴ Voir notamment, CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 40, relative à un détenu en libération conditionnelle qui, formellement et selon le droit britannique, avait perdu sa liberté pour le restant des ses jours puisque condamné à la réclusion à vie.

a) La notion de privation de liberté

L'art. 5 CEDH s'applique aux privations de liberté et non pas à des simples restrictions de cette liberté. Ces dernières sont régies par l'art. 2 du Protocole N° 4³⁷⁵. La «privation de liberté» est donc la notion-clé qui détermine le champ d'application de cette disposition.

En dépit de son rôle essentiel, la notion de privation de liberté n'est définie nulle part³⁷⁶. TRECHSEL la qualifie comme une mesure prise par une autorité publique afin de détenir une personne contre sa volonté pour un certain temps et dans un certain espace, en l'empêchant de s'enfuir par la force ou la menace du recours à la force³⁷⁷. Il est évident que cette personne doit, au préalable, avoir joui d'un état de liberté³⁷⁸.

La casuistique sur cette notion est très variée³⁷⁹. Être enfermé dans une cellule constitue certainement une mesure de privation de liberté. Il en va de même en cas d'arrêts domiciliaires ou de détention dans une église, dans une école, dans un avion, dans un hôtel ou dans des lieux de réclusion

³⁷⁵ Pour un aperçu du champ d'application de l'art. 2 du Protocole N° 4, VELU/ERGECE, pp. 316-322 ainsi que les références citées. La distinction entre privation et restriction de liberté n'est fonction que de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence, CourEDH, affaire H. L. c. Royaume-Uni, arrêt du 5 octobre 2004, § 89; CourEDH, affaire Ashingdane c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985, § 41; CourEDH, affaire Guzzardi c. Italie, arrêt du 6 novembre 1980, §§ 92-93, et CourEDH, affaire Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt du 8 juin 1976, §§ 58-59. Souvent, cette distinction est fort subtile: un couvre-feu imposé pendant la nuit constitue une restriction, tandis que le fait d'enfermer des habitants dans des maisons privées constitue une privation de liberté, VAN DIJK/VAN HOOFF, pp. 346-348 ainsi que VELU/ERGECE, p. 254.

³⁷⁶ L'absence d'une définition, régionale ou universelle, de privation de liberté est sans doute une des raisons qui ont amené le Comité des droits de l'homme à indiquer que l'art. 9 Pacte II s'applique «à tous les cas de privation de liberté, qu'il s'agisse d'infractions pénales ou d'autres cas tels que, par exemple, les maladies mentales, le vagabondage, la toxicomanie, les mesures d'éducation, le contrôle de l'immigration et les internements pour des raisons tenant à la sécurité publique», Observation générale N° 8 sur l'art. 9 du Pacte II, Doc. ONU, HRI/GEN/1/rev.1, du 29 juillet 1994, p. 10.

³⁷⁷ Pour paraphraser TRECHSEL: «deprivation of liberty is a measure taken by a public authority by which a person is kept against his will for a certain amount of time within a limited space and hindered by force, or a threat of use of force, from leaving that space», TRECHSEL (5), p. 285; mais, également, FROWEIN/PEUKERT, pp. 53-61.

³⁷⁸ Tel est le cas, par exemple, d'un détenu au bénéfice de la libération conditionnelle, ou d'un détenu mis à disposition du gouvernement après avoir purgé la peine principale, mais non pas pour un détenu en prison quelle que soit la souplesse du régime de détention, CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêts du 2 mars 1987, § 40; CourEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume Uni, arrêt du 25 février 1990, § 68; CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 février 1984, § 34; CommEDH, req. 7754/77, affaire X c. Suisse, DR 11, p. 217, ainsi que VELU/ERGECE, p. 252. Quant au Pacte II, voir NOWAK, p. 160, qui offre une liste détaillée des exemples de privation de liberté juxtaposés à des exemples de simple restriction à la liberté de circuler.

³⁷⁹ Pour un aperçu, MACOVEI, pp. 17-20; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, pp. 97-102, ainsi que MURDOCH (2), pp. 11-16.

similaires³⁸⁰, et cela même si la personne concernée peut se déplacer librement à l'intérieur de ces endroits, comme c'est le cas d'une île sans aucune clôture matérielle³⁸¹.

Il peut y avoir privation de liberté en l'absence de contrainte physique proprement dite – lieu fermé à clé, emploi de menottes, etc. Une contrainte psychique peut dans certains cas être suffisante. La durée de la contrainte doit également être prise en considération: une privation de liberté de courte durée n'exclut pas *a priori* l'application de l'art. 5 CEDH³⁸². Une courte durée peut néanmoins être un indice devant être interprété en tenant compte des autres facteurs mentionnés ci-dessus³⁸³.

En bref, la Convention donne une interprétation autonome de la notion de «privation de liberté»³⁸⁴, indépendante de la qualification du droit interne. Pour établir si un individu se trouve privé de liberté au sens de l'art. 5 CEDH, la Cour considère la situation concrète et réelle de l'intéressé, en prenant en considération les critères formulés par la jurisprudence, comme la nature, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure.

Cette approche empirique a également dirigé l'interprétation des conditions de privation de liberté.

³⁸⁰ CommEDH, affaire Grecque, Annuaire N° 12, §§ 283-287 (1969); CommEDH, req. 7376/76, X et Y c. Suède, DR 7, p. 123.

³⁸¹ Dans l'affaire Guzzardi c. Italie, la Cour a pris en considération plusieurs éléments pour conclure à la privation de liberté. Le détenu séjournait dans un secteur de l'île d'Asinara; il vivait au milieu d'individus frappés par la même mesure et d'agents de police; en dehors de ses proches, de ses compagnons et du personnel chargé de la surveillance, il avait peu d'occasion de contacts sociaux; il devait se présenter aux autorités deux fois par jour et il lui fallait leur accord pour chacun de ses voyages en Sardaigne ou sur le continent (voyages qui furent rares et se déroulèrent sous le contrôle étroit de la police). D'après la Cour, aucun de ces éléments pris isolément ne permettait de parler de privation de liberté, mais si on les considérait accumulés et combinés, le traitement incriminé entrait dans le champ d'application de l'art. 5 CEDH; CourEDH, affaire Guzzardi c. Italie, arrêt du 6 novembre 1980, § 95.

³⁸² CourEDH, affaire H. L. c. Royaume-Uni, arrêt du 5 octobre 2004, § 89; CourEDH, affaire R. L. et M.-J. D. c. France, arrêt du 19 mai 2004, § 119 et CourEDH, affaire Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt du 8 juin 1976, § 63.

³⁸³ Par exemple, toujours dans l'affaire Guzzardi c. Italie, la Cour a conclu à la privation de liberté car, malgré la liberté de mouvement et la possibilité d'entretenir dans une certaine mesure des relations sociales, la situation avait duré plus de seize mois. En revanche, dans l'affaire Engel et autres c. Pays-Bas, la durée de la détention relativement courte et le fait que la porte n'était pas fermée à clé, ont été les éléments décisifs qui ont convaincu la Cour de l'absence de privation de liberté en cas d'arrêts aggravés. Pour plus de détail sur les détentions de courte durée, TRECHSEL (5), pp. 288-289.

³⁸⁴ Pour une première explication de cette méthode d'interprétation OST, pp. 405-463; MATSCHER (1), pp. 63-81; MALINVERNI (4), pp. 405-417; SUDRE (6); COHEN-JONATHAN, pp. 165-196 ainsi que infra, II^e Partie, section C, sous-section a).

b) Les conditions de privation de liberté

Dans la systématique de l'art. 5 CEDH, garantir le droit à la sûreté (1) signifie interdire les privations de liberté arbitraires. Une privation de liberté ne saurait être arbitraire si elle est adoptée selon les voies légales, si elle est régulière et si elle fait partie des cas exhaustivement énumérés aux let. a) à f) (2).

1) Le respect du droit à la sûreté

Le droit à la sûreté protège contre les ingérences arbitraires de l'autorité publique dans le droit à la liberté de tout un chacun³⁸⁵. Ce droit est absolu: il ne peut faire l'objet d'aucune restriction³⁸⁶. Il constitue une garantie contre l'arbitraire dans l'arrestation et la détention³⁸⁷.

Cette protection pourrait même s'étendre au cas d'une simple menace. La Commission semblait à tout le moins être de cet avis puisqu'elle avait affirmé que: «si la menace d'une détention conforme à la loi (interne) ne constitue pas une violation de l'art. 5 CEDH, la menace d'une détention arbitraire ou injustifiée en constitue une car contraire au droit à la sûreté»³⁸⁸. Cette jurisprudence est restée isolée. Signalons cependant que, conformément à sa teneur, l'art. 7 CADH s'applique déjà au stade de la simple menace.

D'après certains auteurs le terme de sûreté vise aussi le principe de la réserve de la loi³⁸⁹. La privation de liberté doit être prévue par une loi. Par loi au sens de la Convention, il faut entendre le droit en vigueur dans un Etat donné, y compris le droit non écrit (*Common Law*) et la jurisprudence³⁹⁰. Cette interprétation matérielle – conforme à l'économie de la Convention mais regrettable dans une matière aussi importante que le droit à la liberté – est contrebalancée par l'exigence d'une certaine qualité de la loi. Cette dernière

³⁸⁵ CommEDH, req. 7729/76, affaire *Agee c. Royaume-Uni*, DR 7, p. 184; CommEDH, req. 5573/72, affaire *X c. République fédérale d'Allemagne*, DR 7, p. 8 et CommEDH, req. 10475/83, affaire *Dyer c. Royaume-Uni*, DR 39, p. 266.

³⁸⁶ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, p. 103.

³⁸⁷ CommEDH, req. 8334/78, affaire *X c. République fédérale d'Allemagne*, DR 24, p. 111; CommEDH req. 10475/83, affaire *Dyer c. Royaume-Uni*, DR 39, p. 266 et CourEDH, affaire *Bozano c. Italie*, arrêt du 18 décembre 1986, § 54.

³⁸⁸ CommEDH, req. 8334/78, affaire *X c. République fédérale d'Allemagne*, DR 24, p. 110. En l'espèce, le droit à la sûreté n'avait pas été violé.

³⁸⁹ VELU/ERGEC, pp. 250-251; TRECHSEL (5), p. 283 et FROWEIN/PEUKERT, p. 99.

³⁹⁰ CourEDH, affaire *Sunday Times c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, § 37; CourEDH, affaire *Müller c. Suisse*, arrêt du 24 mai 1988, § 29; CourEDH, affaire *Markt Intern Verlag GmbH c. République fédérale d'Allemagne*, arrêt du 20 novembre 1989, § 30 et CourEDH, affaire *Sala-Biaku c. France*, arrêt du 7 octobre 1988, § 29. Pour un aperçu, MALINVERNI (2), surtout aux pp. 402-407.

doit être accessible et prévisible pour pouvoir garantir la sécurité juridique de l'individu³⁹¹.

En bref, le droit à la sûreté se résume, pour l'instant en tout cas, à l'interdiction de l'arbitraire dans la privation de liberté³⁹² et forme un tout avec les autres conditions posées par l'art. 5 CEDH³⁹³.

2) Les autres conditions

Une mesure privative de liberté est une mesure grave et exige un contrôle particulièrement scrupuleux³⁹⁴. Pour ne pas être arbitraire, une privation de liberté doit respecter le droit interne, être régulière, et reposer sur l'un des six cas de détention prévus par l'art. 5 CEDH en respectant leur but. Ces conditions sont cumulatives.

La privation de liberté doit être conforme au droit interne, c'est-à-dire à la législation nationale³⁹⁵, de procédure comme de fond³⁹⁶. La Cour est compétente pour contrôler le respect de la législation nationale. Les Etats jouissent,

³⁹¹ MALINVERNI traite clairement des notions d'accessibilité et de prévisibilité de la loi à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg, *ibid.*, pp. 404-405.

³⁹² VELU/ERGEC, pp. 250-251. Ces auteurs nous fournissent une casuistique fort complète de diverses interprétations que l'on a cherché à donner au droit à la sûreté, pris indépendamment du droit à la liberté. Ces interprétations ont toutefois été refusées par les organes conventionnels. Pour la même problématique, VAN DIJK/VAN HOOFF, p. 345. Ces auteurs affirment que le droit à la sûreté peut être invoqué dans certains cas pour souligner le devoir de l'Etat «to secure the right to life (art. 2) and to the respect of physical integrity (art. 3) or of private life (art. 8)». Cependant, ils n'expliquent pas comment le droit à la sûreté pourrait renforcer la protection assurée par ces dispositions. Ces mêmes auteurs affirment que «apparently, *security of person* may have an independent meaning besides *liberty*, but its scope remains to be settled». Voir aussi CASTBERG/OUCHTERLONY/OPSAHL, p. 92. Cette interprétation est par ailleurs conforme à la jurisprudence inaugurée par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire Delgado Paez c. Colombie, Comm. N° 195/1985, du 12 juillet 1990. Dans cette affaire, ayant trait aux menaces de mort à l'encontre d'un professeur de religion et éthique, le Comité des droits de l'homme a clairement énoncé que «conformément aux travaux préparatoires, le droit à la sûreté n'est nullement limité aux cas de privation formelle de liberté. Or, les Etats parties ne sauraient s'acquitter de leurs obligations s'il leur est juridiquement possible d'ignorer les menaces qui pèsent sur la vie des personnes relevant de leur juridiction, uniquement parce qu'elles ne sont pas en état d'arrestation ou soumises à une autre forme de détention». Pour approfondir, NOWAK, pp. 161-163 ainsi que Comm. N° 468/1991, Olo Bahamonde c. Guinée Equatoriale et Comm. N° 449/1991, Mojica c. République Dominicaine.

³⁹³ CommEDH, reqs. 4403/70-4419/70; 4422/70; 4423/70; 4434/70; 4443/70, 4476/70-4478/70; 4486/70 et 4526/70-4530/70 (jointes), Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni, DR 78B, pp. 64-66.

³⁹⁴ CourEDH, affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 65.

³⁹⁵ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 45.

³⁹⁶ La Cour vérifie d'ailleurs si les juridictions nationales «ont observé les règles et procédures pertinentes» du droit national, CourEDH, affaire Bouamar c. Belgique, arrêt du 29 février 1988, § 47 et CourEDH, affaire Monnell et Morris c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 50.

toutefois, d'une grande marge d'appréciation; la Cour s'en remet ainsi à l'interprétation interne ne censurant que l'arbitraire et la mauvaise foi³⁹⁷.

Si la privation de liberté doit être compatible avec le droit interne, le droit interne, quant à lui, pour que la détention soit régulière, doit se conformer à la Convention, y compris aux principes généraux garantis par celle-ci³⁹⁸. Ceci vaut pour chacun des cas exhaustivement énumérés à l'art. 5 CEDH³⁹⁹.

En bref, la liberté est la règle, tandis que la privation de liberté reste l'exception. Conformément à l'art. 18 CEDH, toute privation de liberté doit respecter le but poursuivi⁴⁰⁰. Ces buts peuvent être très variés: du but répressif lors de la détention de l'adulte criminel suite à sa condamnation au but préventif du placement du mineur décidé pour son éducation surveillée. Les besoins du maintien de l'ordre, de la paix, de la tranquillité et de la sûreté, finalités classiques du pouvoir de police, ne peuvent plus, en tant que tels, servir de fondement à une décision interne de détention. Les détails de la procédure et des conditions matérielles de chaque détention sont laissés aux soins de chaque Etat qui, à la condition de respecter le minimum imposé par la Convention, jouit de la liberté de régler en fonction de ses particularités juridiques.

En somme, nul n'a le droit absolu à la liberté ou, plus précisément, à ne pas être arrêté et/ou détenu. Chacun a cependant le droit absolu de ne pas être privé de liberté arbitrairement. Conformité au droit interne, régularité et interprétation restrictive des cas prévus aux let. a) à f) de l'art. 5 CEDH sont les conditions minimales devant être respectées, conditions qui se retrouvent par ailleurs dans les autres textes internationaux de protection des droits de l'homme. Ces prémisses permettent de mieux appréhender l'analyse de la détention d'un «aliéné» qui va suivre.

³⁹⁷ VELU/ERGEC, p. 256 et la jurisprudence citée.

³⁹⁸ CourEDH, affaire Grauslys c. Lithuania, arrêt du 10 octobre 2000, § 39 et CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979 § 45.

³⁹⁹ La lettre de l'art. 5 CEDH est claire: une privation de liberté n'est permise que pour autant qu'elle ait lieu «selon les voies légales» et qu'elle soit «régulière», ou d'après le texte anglais respectivement: «in accordance with a procedure prescribed by law» et «lawful». Il est intéressant de noter que, tandis que dans le texte anglais l'adverbe «lawful» apparaît à chaque lettre de l'art. 5 CEDH, dans le texte français l'adverbe «régulière» ne figure pas à la let. c). Il s'agit sans doute d'un oubli.

⁴⁰⁰ CourEDH, affaire Mancini c. Italie, arrêt du 2 août 2001, § 23; CourEDH, affaire Bouamar c. Belgique, arrêt du 29 février 1988, § 47 et CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 42.

B. Le champ d'application de l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH

La let. e) de l'art. 5 al. 1 CEDH autorise la détention de cinq catégories d'individus qui possèdent une qualité en commun: ils sont dangereux pour eux-mêmes et/ou pour la société (a)⁴⁰¹. C'est surtout, pour ne pas dire exclusivement, la détention des aliénés (b) qui a occupé, et occupe encore aujourd'hui, la Cour.

a) Les catégories de l'art. 5 al. 1 CEDH

La décision de privation de liberté autorisée par l'art. 5 CEDH peut être prise par une autorité judiciaire ou administrative et doit poursuivre un but bien précis. De stricte interprétation en tant que disposition limitative de liberté⁴⁰², elle régit la détention de certains marginaux ou inadaptés sociaux en raison du danger qu'ils représentent pour la société, ainsi que de la nécessité de les protéger contre eux-mêmes⁴⁰³. De par le critère de dangerosité pour les individus eux-mêmes ou pour des tiers, ce sont des individus aux caractéristiques aussi diverses que les personnes susceptibles de propager une maladie contagieuse, les aliénés, les alcooliques, les toxicomanes et les vagabonds, qui tombent sous le coup d'une seule et même disposition⁴⁰⁴.

VAN DIJK et VAN HOOFF précisent que la let. e) de l'art. 5 CEDH regroupe différentes catégories d'individus souffrant d'une maladie, souvent plus sociale que médicale, contre laquelle la société doit se protéger. Ils regrettent surtout que le regroupement se fasse sans reconnaître que chacun d'entre eux a des besoins propres qui demandent des remèdes appropriés⁴⁰⁵.

Nous pouvons nous rallier partiellement à cette critique: c'est à la jurisprudence des organes d'application de la Convention qu'incombe le rôle de préciser les besoins de chaque catégorie comme les critères de détention. C'est ce qui a été fait par exemple pour les cas des vagabonds dans l'affaire de

⁴⁰¹ A cet égard, la formulation de l'art. 9 Pacte II n'est pas aussi précise; la portée de cette disposition est toutefois identique.

⁴⁰² CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 37 ainsi que VELU/ERGEC, pp. 276-277.

⁴⁰³ CourEDH, affaire Guzzardi c. Italie, arrêt du 6 novembre 1980, § 98 ainsi que DOURAKI (I), pp. 22-122.

⁴⁰⁴ Pour un aperçu très complet, DOURAKI (I), pp. 22-122.

⁴⁰⁵ VAN DIJK/VAN HOOFF, pp. 360-362.

Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (affaire dite *des vagabonds*)⁴⁰⁶ et de l'affaire Guzzardi c. Italie⁴⁰⁷, pour ne citer que quelques affaires parmi l'abondante casuistique relative à la let. e) de l'art. 5 CEDH⁴⁰⁸.

Dernièrement, la Cour a érigé en «notion autonome» ce qu'il faut entendre par «alcoolique». Elle a précisé que la détention des alcooliques autorisée par l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH ne vise pas nécessairement les personnes qui se trouvent dans un état clinique d'alcoolisme, mais celles dont le comportement, sous l'influence de l'alcool, représente une menace pour le public ou pour elles-mêmes, et ce indépendamment de l'existence d'un diagnostic d'alcoolisme⁴⁰⁹.

A ce jour, les autres catégories n'ont pas encore donné lieu à jurisprudence. Ceci peut en partie s'expliquer par la constatation que normalement les juridictions nationales ne s'occupent de ces catégories d'individus qu'après la commission d'un acte pénalement répréhensible. Dans ce cas, leur détention relève alors plutôt de la let. a) de l'art. 5 CEDH.

Avec la propagation du virus VIH et l'augmentation conséquente du nombre des séropositifs ainsi que des sidéens⁴¹⁰, il n'est pas exclu que la privation de liberté d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse fasse un jour l'objet d'une requête à Strasbourg⁴¹¹. D'après FROWEIN

⁴⁰⁶ CourEDH, affaire de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, surtout §§ 68-70.

⁴⁰⁷ CourEDH, affaire Guzzardi c. Italie, arrêt du 6 novembre 1980, § 98.

⁴⁰⁸ La Cour a rendu environ 20 arrêts sur l'application de la let. e) de l'art. 5 CEDH aux aliénés et la Commission avait été saisie de plus de 60 requêtes, voir aussi HARDING (4), pp. 1085-1086.

⁴⁰⁹ CourEDH, affaire Litwa Witold c. Pologne, arrêt du 4 avril 2000, §§ 51-62.

⁴¹⁰ Il faut distinguer la séropositivité, période pendant laquelle la maladie est en incubation et où il existe le risque majeur de propager l'infection, du SIDA déclaré, stade final de la maladie qui requiert souvent l'hospitalisation du sujet atteint.

⁴¹¹ Jusqu'à aujourd'hui, la Cour européenne a traité des séropositifs, et plus précisément des hérophiles contaminés lors des transfusions, seulement sous l'angle de l'art. 6 CEDH et de leur droit à ce que leurs prétentions en dommages intérêts soit entendues dans un délai raisonnable; CourEDH, affaire X c. France, arrêt du 31 mars 1991 et CourEDH, affaire Vallée c. France, arrêt du 19 avril 1994. La Commission, quant à elle, avait été saisie par un prisonnier séropositif, au stade terminal de la maladie, transféré dans un hôpital et qui se plaignait d'une violation de l'art. 3 CEDH, car on le gardait menotté malgré son état de dépérissement. Après la mort du requérant, ses parents avaient continué la procédure, mais la Commission avait estimé qu'ils n'avaient pas la qualité de victimes, CommEDH, req. 20299/92, P. c. France. La Commission avait aussi déclaré recevable une requête portant sur un détenu séropositif qui se plaignait de ne pas avoir reçu une assistance médicale adéquate en prison, CommEDH, req. 23663/94, Ayala c. Portugal. A ce jour, la casuistique conventionnelle concerne essentiellement les délinquants sidéens détenus et leurs conditions de détention, en particulier l'obtention d'une libération conditionnelle ou d'une réduction de la peine pour des raisons de santé, CommEDH, req. 22564/93, William Grice c. Royaume-Uni, DR 77B, p. 90 ainsi que CommEDH, req. 22761/93, R. M. c. Royaume-Uni, DR 77B, p. 98. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a par ailleurs adopté le 18 octobre 1993, la Recommandation N° R (93) 6 concernant les aspects pénitentiaires et criminologiques du contrôle de maladies transmissibles et notamment du SIDA et les problèmes connexes de santé en prison.

et PEUKERT, les individus qui ne sont pas encore malades, mais qui sont susceptibles de transmettre une maladie contagieuse, tombent sous le coup de la let. e) de l'art. 5 CEDH⁴¹². Notons à cet égard qu'en Suède, la Loi sur la prévention des maladies infectieuses, qui a été étendue au SIDA en 1985, permet l'internement administratif des séropositifs dont la vie sexuelle est jugée «à risque»⁴¹³.

Une décision conventionnelle sur un cas d'application de la loi précitée, ou plus généralement sur une mesure administrative d'hospitalisation forcée à l'encontre d'une personne atteinte du virus VIH serait du plus haut intérêt. D'autant que, d'après le Secrétaire général des Nations Unies, la détention ou la ségrégation n'est pas justifiée pour combattre ou prévenir la propagation du SIDA. Toute personne infectée par le virus VIH, ou soupçonnée de l'être, doit rester dans la mesure du possible intégrée dans la société et recevoir une aide lui permettant de faire preuve d'un sens des responsabilités qui l'empêchera de transmettre le virus à des tiers⁴¹⁴. Exception étant faite, bien

⁴¹² FROWEIN/PEUKERT, p. 82.

⁴¹³ C'est un médecin désigné par l'Etat qui décide si le patient mène une vie sexuelle «responsable». Dans le cas contraire, ce dernier sera interné pendant une période minimale de six mois, reconductible sans enquête pour six mois. Même lorsque les détenus ne reçoivent un traitement médical qu'avec leur accord, leurs noms et adresses, ainsi que ceux de leurs partenaires sont enregistrés. Par ailleurs, dès qu'elles dépistent un séropositif, les autorités suédoises non seulement en informent ses partenaires, mais les soumettent aussi de force au test du dépistage et éventuellement à l'internement, MORCH, K., La Suède choisit la méthode carcérale, Libération, 1^{er} décembre 1994; ainsi que LUTAUD, L., La prison en Suède pour crime de séropositivité: une loi autorise la détention des personnes «à risque», Libération, 12 avril 1995. A noter qu'au Royaume-Uni, le Public Health Act de 1984 autorise les autorités à prendre toutes les mesures nécessaires, y compris la mise en détention/hospitalisation, afin de prévenir la propagation des maladies infectieuses, le virus VIH inclu; voir, notamment, RAZIER/HARRIS, surtout aux pp. 174-175 où les auteurs analysent la portée de la législation anglaise eu égard aux droits des personnes infectées par le virus VIH, et KRISHNAN JAVANTH, pp. 791-819. L'OMS a publié un tableau des instruments juridiques relatifs à l'infection par VIH et au SIDA. Ce tableau contient notamment des résumés des législations de chaque Etat, recensé par ordre alphabétique, Doc.OMS, WHO/GPA/HLE/94.1.

⁴¹⁴ Doc.ONU E/CN.4/1995/45, du 22 décembre 1994, surtout aux pp. 8-10. En général et toujours *au sein de l'ONU*, Doc.ONU E/1992/67, du 15 juin 1992; Doc.ONU A/47/289/E/1992/68, du 6 juillet 1992; Doc.ONU, E/CN.4/1996/44, du 10 janvier 1996, (centré surtout sur l'action de l'UNAIDS et sur la nécessité d'établir des principes internationaux de protection) ainsi que Doc.ONU E/CN.4/1997/37, du 20 janvier 1997, qui contient les Directives concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme adoptées à l'occasion de la consultation précitée et qui résument les garanties fondamentales, dont devraient bénéficier les personnes infectées par le virus. Dans le même sens, Résolution de la Commission des droits de l'homme 1999/49, Protection des droits fondamentaux des personnes infectées par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ou atteints du syndrome de l'immunodéficience acquise (SIDA), adoptée sans vote lors de la 56^{ème} séance le 27 avril 1999. Par ailleurs, le Comité des droits de l'homme a clairement indiqué que la criminalisation, en particulier des pratiques homosexuelles, n'est pas un moyen adéquat ou raisonnable pour prévenir la propagation du virus VIH, Comm. N° 488/1992, affaire Nicholas Toonen c. Australie, du 31 mars 1994. Toujours sous les auspices des Nations Unies, la Conférence internationale interdisciplinaire sur le Sida: droit et humanité, New Delhi, 6-10 décembre 1995, RILS 1996, Vol. 47, prévoit clairement comme objectif de toute législation

entendu, pour celui qui propage d'une manière consciente le virus dont il est atteint en ayant des rapports non protégés et qui s'expose ainsi à des poursuites pénales notamment pour mise en danger de la vie d'autrui.

Dans l'attente d'une éventuelle casuistique sur le droit à la liberté des personnes susceptibles de propager une maladie contagieuse, en particulier des personnes atteintes du SIDA, le cas de détention qui a fourni, et continue à fournir, plus de matière à discussion dans l'enceinte strasbourgeoise est celui des aliénés.

nationale la lutte et la prévention de toute action coercitive et punitive à l'égard des personnes atteintes ou présumées atteintes du VIH ou sida et la garantie du respect des droits fondamentaux y compris le droit au respect de la vie privée et l'absence de discrimination. Plus récemment, Doc. ONU E/CN.4/2003/81, du 20 janvier 2003.

Au sein du Conseil de l'Europe, ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE, Rapport sur SIDA et droits de l'homme, Doc. 6104, 5 septembre 1989; Recommandation N° R (89) 14 du Comité des Ministres aux Etats membre sur les incidences éthiques de l'infection VIH dans le cadre sanitaire et social, adoptée le 24 octobre 1989 (à noter que lors de l'adoption de la Recommandation, le représentant du Gouvernement suédois s'est abstenu, et il a déclaré que son Gouvernement ne se considère pas lié par elle); et enfin le Rapport sur égalité et non-discrimination: discrimination en raison de la maladie, en particulier contre les personnes atteintes du SIDA, présenté par Ian KENNEDY, 7^e Colloque internationale sur la Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, H/Coll (90) 5, Copenhague, Oslo, Lund, 30 mai-2 juin 1990. Aux pages 26 et 27, ce dernier rapport analyse l'éventuelle application de l'art. 5 CEDH à l'hospitalisation des sidéens. L'hospitalisation forcée ne pourrait se justifier pour des motifs de santé publique que dans deux cas – et toujours à condition que la personne détenue ait le droit de vérifier la légalité de sa détention auprès d'une instance judiciaire indépendante –, à savoir en présence d'un individu connu pour être VIH positif qui présente un risque aigu d'infection pour les tiers et qui est incapable de se prendre en charge lui-même ou en présence d'un individu qui tente délibérément de transmettre à d'autres l'infection VIH. Ces deux hypothèses doivent être interprétées restrictivement; le risque d'abus reste cependant important même en présence d'une interprétation restrictive.

Au sein de l'Union européenne, Décision N° 647/96/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 mars 1996 adoptant un programme d'action communautaire concernant la prévention du sida et de certaines autres maladies transmissibles dans le cadre de l'action dans le domaine de la santé publique (1996-2000), Journal officiel des Communautés européennes, N° L 95, 16 avril 1996, pp. 16-22, principalement l'art. 1 al. 3 let. d) qui traite de l'assistance aux personnes atteintes par le VIH/SIDA et de la lutte contre la discrimination et, plus en général, Résolution du 15 novembre 1995 du Parlement européen sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant la politique de l'Union et des Etats membres en matière de SIDA dans les pays en voie de développement, Journal officiel des Communautés européennes, 4 décembre 1995, N° C 323, pp. 45-48.

Pour en savoir plus: KELLER, ainsi que, pas nécessairement du point de vue juridique, GALEAZZI/OSTERWALDER/SCHÖBI; HÄTTICH/HELMINGER/HORNUNG et COTTIER, pp. 123-140. Particulièrement intéressant pour l'hétérogénéité des sujets traités GRUSKIN/MANN/TARANTOLA (1) et (2).

b) La détention d'un «aliéné»

Au sens de l'art. 5 CEDH, par détention d'un aliéné il faut entendre toute privation de liberté découlant d'un état mental, indépendamment de la commission d'une infraction⁴¹⁵. Que l'aliéné ait été interné à l'issue d'une procédure pénale ou d'une procédure civile, il bénéficie toujours des garanties de l'art. 5 CEDH (1)⁴¹⁶.

Il existe toutefois des formes de placement qui, même si elles sont de plus en plus répandues, se situent encore hors du champ d'application de cette disposition. Il s'agit en particulier de l'hospitalisation «volontaire» (2), de l'hospitalisation dans une clinique psychiatrique privée (3) et, depuis la naissance de la «désinstitutionalisation» promouvant l'intégration thérapeutique du malade mental dans la vie quotidienne, de l'hospitalisation dans les services psychiatriques ouverts (4).

Pour l'instant, la jurisprudence concernant ces dernières formes de placement n'est pas encore définitivement établie: les désaccords entre la Commission et la Cour à cet égard ont été nombreux. A ce jour, les Juges de Strasbourg ne se sont pas encore prononcés de manière exhaustive, du moins pas explicitement.

Vu l'importance grandissante de ces nouvelles formes d'hospitalisation, il est opportun de dégager les éléments nécessaires pour ouvrir la voie à l'application de la CEDH. Une telle application apparaît indispensable pour étendre efficacement les garanties conventionnelles à tout malade mental hospitalisé.

1) L'hospitalisation involontaire

Au sens de la CEDH, par détention d'un aliéné il faut entendre toute hospitalisation involontaire dans un établissement public d'un malade mental, délinquant ou non, ordonnée par une autorité publique, administrative ou pénale, pour une durée déterminée ou indéterminée. «Involontaire» signifie que le malade mental est capable de consentir et ne donne pas son consentement au placement ou qu'il est incapable de consentir et refuse le placement⁴¹⁷. Le

⁴¹⁵ CommEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, avis du 15 décembre 1977, § 86.

⁴¹⁶ CommEDH, req. 6870/75, affaire B. c. Royaume-Uni, DR 32, § 208.

⁴¹⁷ «Livre blanc», point 3 let. c), son glossaire ainsi que l'art. 26 de la Recommandation N° REC(2004)10 et son Exposé des motifs, § 187. Le placement devrait être qualifié d'involontaire également pour le malade, notamment incapable de discernement, qui ne marque pas son désaccord de manière constante en changeant fréquemment d'avis. L'art. 26 de la Recommandation N° REC(2004)10 prévoit encore que des dispositions appropriées doivent exister au sein des

danger pour autrui ou pour soi-même que représente le malade de par son état mental constitue la justification d'une telle hospitalisation. La procédure suivie peut être administrative ou pénale.

La Convention ne fait pas de distinction selon que l'aliéné a été interné en vertu d'une législation interne pénale (ii) ou administrative (i); dans les deux cas, il bénéficie d'une manière égale des garanties de l'art. 5 CEDH⁴¹⁸. Une distinction doit être faite entre le fondement juridique du placement involontaire et celui du traitement involontaire. En d'autres termes, le placement involontaire en tant que tel ne signifie pas que le patient peut en tout état de cause être traité contre son gré⁴¹⁹, ni que ce traitement involontaire requiert inévitablement un placement involontaire⁴²⁰. La présomption de la capacité de décider de son propre traitement prévaut, à moins que l'état d'incapacité à cet égard ne fasse partie des critères juridiques qui ont motivé la décision d'hospitalisation involontaire⁴²¹.

ordres juridiques internes pour protéger une personne atteinte d'un trouble mental, qui n'a pas la capacité de consentir et qui, nécessitant un placement, n'exprime pas d'objection à celui-ci. Notons à cet égard que l'art. 17 al. 1 par. v) de cette même Recommandation est le seul à prévoir que l'avis de la personne concernée doit être pris en considération avant de décider d'un placement involontaire. Selon l'Exposé des motifs (§ 136), le but recherché consiste à concilier le droit à l'autodétermination et la nécessité de protéger une personne atteinte d'un trouble mental.

⁴¹⁸ Infra, II^e Partie, section C), sous-section c), par. 1. Il convient de relever que les auteurs du «Livre blanc» s'interrogent sur l'opportunité de fonder la privation de liberté en matière pénale sur des critères différents et/ou plus nombreux que ceux sur lesquels se base la procédure administrative. Cette question reste pour l'instant sans réponse, «Livre blanc», point. 3 let. d) *in fine*. La Recommandation N° REC(2004)10, s'agissant des critères justificatifs, ne distingue pas les deux formes de placement. Le sort des personnes déjà détenues, dont le comportement suggère qu'elles sont atteintes d'un trouble mental, est toutefois réglé dans une disposition séparée, à savoir à l'art. 33.

⁴¹⁹ Une exception à ce principe est notamment donnée par la Loi italienne N° 180 centrée sur le principe du traitement sanitaire obligatoire (*Trattamento sanitario obbligatorio*) (TSO) et relève la problématique du placement involontaire en tant que tel totalement en arrière-plan, infra II^e Partie, section B, sous-section b), par. 4, i).

⁴²⁰ Cette question n'est souvent pas traitée directement par les textes législatifs; ce qui laisse libre cours à deux interprétations: soit l'hospitalisation et le traitement doivent être considérés comme une seule et même contrainte imposée au malade poursuivant un objectif thérapeutique complémentaire, soit, au contraire, seule la privation de liberté doit être considérée comme une mesure contraignante, à l'exclusion de toute autre intervention médicale, NIVEAU/BERTRAND (2), pp. 2001-2002 et NIVEAU (4), pp. 259-260. En Suisse, c'est cette dernière interprétation qui prévaut, ATF 127 I 6 consid. 7 et ATF 125 III 169. Selon les arrêts précités, les art. 397a ss CCS ne constituent pas une base légale pour l'administration forcée d'un traitement ordonnée dans le cadre d'une privation de liberté à des fins d'assistance. Ainsi, en l'absence d'une autre base légale, notamment cantonale, le patient ne peut pas être maintenu dans un établissement dans un but exclusivement thérapeutique. Voir également, les art. 6 et 7 de la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1997 qui reprennent dans les grandes lignes les mêmes principes.

⁴²¹ «Livre blanc», point 3.

i) La procédure administrative

La procédure administrative ne varie pas beaucoup d'une législation nationale à une autre. Il s'agit d'une procédure essentiellement «médicalisée», puisque c'est une autorité médicale qui décide et/ou donne formellement l'impulsion à l'hospitalisation forcée, qui ne se justifie qu'en présence d'un trouble mental grave⁴²². Quant au choix entre durée déterminée ou indéterminée de l'hospitalisation, il est loin d'être anodin. Dans les cas où la durée est déterminée, l'opportunité de la mesure privative de liberté sera automatiquement contrôlée à chaque échéance, ce qui permet notamment de parer assez rapidement à des éventuelles erreurs de diagnostic. Cette mesure ne sera bien évidemment efficace que si chaque période d'hospitalisation est raisonnablement brève, éventuellement ne devenant plus longue qu'après le deuxième ou troisième renouvellement⁴²³.

ii) La procédure pénale

La procédure pénale, en revanche, peut différer sensiblement selon que les codes nationaux ont choisi le système de l'irresponsabilité totale ou de l'irresponsabilité atténuée⁴²⁴. Une telle distinction ne tient qu'à la déclaration de responsabilité pénale du malade mental. En principe, dans les deux cas, l'issue de la procédure débouche sur l'hospitalisation et non pas sur la détention dans un établissement pénitentiaire⁴²⁵.

Les principes généraux propres au droit pénal demeurent applicables dans la mesure où ils sont garantis également par la CEDH.

Dans l'affaire Dhoest c. Belgique⁴²⁶, par exemple, le requérant avait invoqué devant la Commission la violation du principe de la *lex mitior*, régi à l'art. 7, 2^{ème} phrase CEDH, soutenant que la Loi belge sur la défense sociale de 1964 le plaçait dans une situation moins favorable que celle qui aurait résulté de l'application de la loi antérieure de 1930, applicable à la date de commission des infractions reprochées. S'il avait été sous l'empire de l'ancienne législation, le requérant aurait déjà pu être libéré environ 6 ans plus tôt. La Commission avait laissé indécise la question de savoir si l'art. 7 CEDH s'appliquait par analogie aux malades mentaux déclarés irresponsables et placés dans un établissement psychiatrique. Néanmoins, avant de débouter le requérant, elle avait examiné le bien-fondé de son allégation, ce qui prouve

⁴²² Sur cette notion et sa critique, infra, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 2.

⁴²³ Pour approfondir, infra III^e Partie, section A, sous-section c), par. 2.

⁴²⁴ Supra, I^e Partie, section D, sous-section b), par. 1, respectivement ii) et i).

⁴²⁵ UNICRI, surtout aux pp. 215-258.

⁴²⁶ CommEDH, req. 10448/83, Dhoest c. Belgique.

que le recours à la *lex mitior* n'était pas exclu⁴²⁷. Ceci pourrait ne pas être de grand intérêt pratique. Déterminer, avec un degré de certitude suffisant, la loi effectivement la plus favorable au délinquant irresponsable peut s'avérer un exercice particulièrement complexe, en raison de la nature peu précise d'une mesure d'internement, dont les conditions, notamment la durée, ne peuvent pas être codifiées d'avance avec précision.

Par ailleurs, la durée de l'hospitalisation du criminel malade mental ne sera pas la même que la durée de la peine qui aurait dû être purgée s'il avait été déclaré responsable. Dans la plupart des cas, la peine de durée proportionnelle à la gravité de l'acte délictueux sera remplacée par un placement d'une durée indéterminée jusqu'à amélioration ou guérison du malade mental. La conséquence en est souvent une privation de liberté sensiblement plus longue, surtout dans les Etats qui connaissent l'hospitalisation de durée indéterminée⁴²⁸. C'est pour cette raison, d'ailleurs, que la législation canadienne, réformée en 1992, a introduit le *capping system*, qui devrait permettre de détenir la malade mental irresponsable pour une durée qui n'est pas excessivement supérieure à la peine pénale que celui-ci aurait pu encourir pour ses actes⁴²⁹.

Quoi qu'il en soit, le recours à l'hospitalisation forcée d'un délinquant malade mental doit demeurer une mesure exceptionnelle, comme le souligne également le Parlement européen⁴³⁰.

Si l'art. 5 CEDH s'applique sans autre aux hospitalisations involontaires telles que la Convention les a définies, qu'en est-il des hospitalisations volontaires telles que les droits internes les définissent?

2) L'hospitalisation volontaire

En droit interne, la condition *sine qua non* de l'hospitalisation volontaire est le consentement du patient capable de discernement⁴³¹. Toute hospitalisation

⁴²⁷ Ibid., §§ 29-30.

⁴²⁸ Par exemple, l'ATF 124 IV 1, où, confronté à un meurtrier sexuel dangereux dont la responsabilité était fortement restreinte, le TF a indiqué que, pour tenir compte du danger présenté par l'intéressé, seul un internement au sens de l'art. 43 al. 1 et 2 CPS était envisageable. En effet et de par la responsabilité restreinte de l'intéressé, le juge pénal aurait été dans l'obligation de prononcer une peine privative de liberté de courte durée et inadaptée à la faute commise.

⁴²⁹ UNICRI, p. 11.

⁴³⁰ Art. 2 de la Résolution sur les droits des handicapés mentaux du 16 septembre 1992 qui indique formellement que dans les affaires pénales l'internement ne doit être décidé que si l'ordre public est menacé et si d'autres mesures «moins radicales» ne peuvent être prises.

⁴³¹ L'hospitalisation volontaire était presque inconnue au début du siècle passé. Traditionnellement, presque tous les patients étaient soumis au régime du placement forcé. En effet, les législations de santé mentale datant de cette période, à quelques rares exceptions, considéraient que du seul fait de sa maladie mentale, le patient psychique était incapable de consentir à son hospitalisation, LEGEMAATE (1), p. 259.

effectuée à la demande du malade mental lui-même, capable de discernement, doit être qualifiée de volontaire (i). En d'autres termes, toute hospitalisation à laquelle le malade mental n'a pas consenti, même s'il n'est pas capable de le faire, doit être qualifiée d'involontaire⁴³², et cela également lorsque la demande émane de sa famille, de son représentant légal ou, à plus forte raison, de l'autorité publique. La jurisprudence Nielsen c. Danemark⁴³³ nous enseigne, toutefois, que l'utilisation d'une telle définition, en pratique, n'est pas aussi simple (ii). Il n'en reste pas moins que l'application de l'art. 5 CEDH au placement décidé avec le consentement du malade mental demeure une exception (iii).

i) Une tentative de définition

Nous le répétons, l'hospitalisation doit être qualifiée de volontaire quand, contrairement à l'hospitalisation involontaire, le malade mental capable de discernement a donné son accord.

En pratique, toutefois, une distinction nette entre le placement volontaire et le placement involontaire n'est pas toujours une tâche aisée. LEGEMAATE prend comme exemple la majorité des établissements psychiatriques publics des Etats Unis, où la signature par le patient du formulaire d'admission est suffisante pour qu'il y ait hospitalisation volontaire. Toutefois, il n'y a presque pas de contrôle sur la capacité de l'intéressé de comprendre les raisons, ainsi que les conséquences, de son acte. Le même auteur soulève la question, qui apparaît philosophique au premier abord mais qui se révèle en réalité solidement pragmatique, de savoir s'il y a consentement proprement dit à l'hospitalisation du moment que, souvent, le choix du patient est dicté par des pressions sociales, économiques et familiales⁴³⁴. Dans ces cas, il conviendrait plutôt de parler de «patients pseudo volontaires», à savoir qui, formellement, séjournent à l'hôpital volontairement mais qui, en réalité, ont cédé à une forte pression sociale⁴³⁵.

La critique de LEGEMAATE puise sans doute ses racines dans le fait que, jusqu'à récemment, l'hospitalisation d'un malade mental à la demande de sa famille ou de son entourage était considérée comme volontaire⁴³⁶. La

⁴³² Supra, II^e Partie, section B, sous-section b) par. 1.

⁴³³ CourEDH, affaire Nielsen c. Danemark, arrêt du 28 novembre 1988.

⁴³⁴ A l'appui de ses propos LEGEMAATE cite une étude hollandaise indiquant que 58% des patients volontaires n'étaient en réalité pas vraiment volontaires, *ibid.*, pp. 261-262, ainsi que les références citées.

⁴³⁵ BORGHI (3), p. 136.

⁴³⁶ D'après l'ancienne Loi française sur les aliénés de 1838, l'hospitalisation volontaire résultait de l'initiative d'une personne appartenant à la famille ou à l'entourage du patient. La nouvelle loi prévoit toujours cette possibilité mais elle la qualifie d'hospitalisation sur demande d'un tiers, art. L.333 à L.341 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990. Pour en savoir plus, ROBERT, pp. 298-299.

tendance nationale actuelle consiste à distinguer nettement l'hospitalisation libre ou volontaire, à laquelle le malade lui-même a consenti, de l'hospitalisation involontaire, à savoir de l'hospitalisation à la demande de tiers – soit de la famille ou du représentant légal du malade⁴³⁷ – et de l'hospitalisation d'office – soit par décision de l'autorité publique suite à une procédure pénale ou administrative.

La Recommandation N° R (83) 2 du Conseil de l'Europe confirme *a contrario* cette tendance, en définissant le placement involontaire comme tout placement dont le patient n'aura pas fait la demande lui-même⁴³⁸. Il en va de même des auteurs du «Livre blanc»⁴³⁹ et de la Recommandation N° REC(2004)10⁴⁴⁰.

Partant d'une autre optique, l'OMS rappelle que les soins de santé mentale doivent être fournis sur une base volontaire, sans toutefois qualifier cette notion⁴⁴¹. A plusieurs reprises, les débats préparatoires aux Principes des Nations Unies ont traité de la nécessité d'assurer aussi la liberté et les droits des patients volontaires. Dans le projet, il était même prévu une disposition réglementant l'admission volontaire. Elle était relativement contraignante, puisqu'elle exigeait un diagnostic de deux médecins qualifiés qui devaient conclure, après examen approfondi, que le patient souffrait de troubles mentaux et que son état ne pouvait s'améliorer que par un séjour et un traitement dans un hôpital psychiatrique. Cette disposition exigeait également qu'il soit contrôlé que le patient ait su et compris les raisons de son hospitalisation et qu'il n'ait pas fait l'objet de manœuvres ou pressions abusives⁴⁴². A l'époque des débats portant sur la version définitive, l'OMS avait proposé de réglementer aussi le cas des patients, souvent internés par leur famille ou leur représentant légal, incapables d'accepter ou de refuser le placement, tout en distinguant ce cas du placement d'office⁴⁴³, ce qui aurait compliqué énormément la rédaction et l'adoption du texte final. En conclusion, les Principes ne traitent que du placement d'office et se réfèrent indirectement au placement volontaire, en affirmant que «si un patient a besoin d'être soigné dans un service de santé mentale, tout doit être fait pour éviter qu'il soit placé d'office» et

⁴³⁷ L'art. 20 al. 4 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987 indique, par exemple, que la demande d'hospitalisation venant du conjoint de la personne présumée malade mentale doit être distinguée de l'admission volontaire à la requête du malade. De plus, si ce n'est pas le conjoint qui introduit la demande, celle-ci doit contenir les motifs pour lesquels elle n'est pas déposée par le conjoint et doit indiquer le rapport du requérant avec la personne présumée malade mentale ainsi que les circonstances dans lesquelles cette demande est déposée.

⁴³⁸ Art. 1^{er} al. 2 *in fine* de la Recommandation N° R (83) 2.

⁴³⁹ «Livre blanc», Glossaire.

⁴⁴⁰ Art. 17 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, §§ 136 et 187.

⁴⁴¹ Principe 2 par. 2 des Dix Principes de l'OMS.

⁴⁴² Art. 13 du Projet DAES.

⁴⁴³ Doc. ONU, E/CN.4/1990/53/Add. 3, du 19 janvier 1990, pp. 11-12.

que «tout patient qui n'est pas placé d'office dans un service de santé mentale a le droit de le quitter à tout moment, à moins que ne soient réunies les conditions du placement d'office»⁴⁴⁴.

Dans le contexte de la Convention, l'adjectif «volontaire» constitue un concept autonome et équivaut à «sans contrainte de la part de l'Etat»⁴⁴⁵. Cela ne signifie pas pour autant que seule l'hospitalisation d'office puisse bénéficier des garanties conventionnelles.

ii) *La portée de la jurisprudence Nielsen c. Danemark*

Si le patient s'oppose à son placement, l'art. 5 let. e) CEDH pourrait s'appliquer également à l'hospitalisation à la demande de la famille ou du tuteur légal. A cet effet, il suffirait qu'un représentant de l'autorité publique puisse être tenu pour responsable de la mesure. C'est du moins ce que avait affirmé la Commission dans l'affaire Nielsen c. Danemark⁴⁴⁶ relative à l'hospitalisation d'un garçon de douze ans dans le pavillon de psychiatrie infantile à la demande de sa mère détentrice de la garde exclusive.

La Cour, cependant, a nié l'applicabilité de la Convention et considéré qu'en l'espèce, ni l'intervention des services sociaux ni le rôle du médecin chef de l'hôpital public n'étaient suffisants pour admettre qu'il s'agissait d'une privation de liberté ordonnée par les organes de l'Etat. La mère, en vertu de son autorité parentale, était seule titulaire du pouvoir de décider de l'hospitalisation du requérant ou de sa sortie de l'hôpital. En comparaison, l'assistance prêtée par les autorités revêtait un caractère «subsidaire et limité»⁴⁴⁷.

Doit-on comprendre qu'*a contrario* une hospitalisation injustifiée dans un hôpital public à la demande d'un tiers qui, dans le cas d'un mineur, ne serait pas le parent détenteur de la *patria potestas*, peut engager la responsabilité de l'Etat⁴⁴⁸?

⁴⁴⁴ Principe 15 al. 1^{er} et 3 des Principes des Nations Unies. Ce principe reprend par ailleurs presque littéralement l'art. 14 du Projet DAES, selon lequel tout patient volontaire devait être autorisé à quitter l'établissement psychiatrique à tout moment sauf en présence des raisons sérieuses de le garder contre sa volonté.

⁴⁴⁵ CourEDH, H. L. c. Royaume-Uni, arrêt du 5 octobre 2004, notamment §§ 52, 89-94 où la Cour a qualifié d'involontaire le placement d'un patient psychique, incapable de discernement, qui avait été admis sur une «base informelle» car il ne s'opposait pas à son admission. Ledit patient appartenait à cette catégorie des «patients volontaires» que le droit anglais qualifiait d'«incapables mais dociles». Voir aussi, CourEDH, affaire Nielsen c. Danemark, arrêt du 28 novembre 1988, § 63.

⁴⁴⁶ CommEDH, affaire Nielsen c. Danemark, avis du 12 mars 1987, §§ 105-106.

⁴⁴⁷ CourEDH, affaire Nielsen c. Danemark, arrêt du 28 novembre 1988, § 63.

⁴⁴⁸ Dans ce sens, il convient de citer une affaire récente ayant trait à la détention d'un mineur dans un établissement pénitentiaire, dans l'attente d'être soumis à un régime d'éducation surveillé au sens de l'art. 5 al. 1 let. d), où la Cour, en faisant référence à l'affaire Nielsen c. Danemark, a admis la privation de liberté puisque celle-ci avait été ordonnée par une autorité judiciaire et n'était pas le fait d'une personne qui exerçait ses droits parentaux, CourEDH, affaire D. G. c. Irlande, arrêt du 16 mai 2002, § 72.

La Cour paraît trop occupée à contourner l'application de l'art. 5 CEDH, en concluant que les restrictions subies par le requérant dans ses déplacements pendant son séjour au pavillon de psychiatrie infantile ne constituaient pas une privation de liberté⁴⁴⁹, pour répondre à cette question. C'est, toutefois, avec une faible majorité, neuf voix contre sept, que la Cour a contredit la Commission qui avait décidé à l'unanimité de l'application de l'art. 5 CEDH et, avec une seule voix contraire, à sa violation⁴⁵⁰.

L'échappatoire utilisée par la Cour de la constatation de l'absence de privation de liberté nous laisse insatisfaits. D'autant qu'à la lecture de l'arrêt, une certaine gêne des juges de la majorité est bien perceptible. En revanche, les sept juges dissidents sont convaincus et convaincants: il y avait bien eu privation de liberté et elle était arbitraire⁴⁵¹.

Si la Cour avait entériné l'avis de la Commission, on aurait vécu une véritable révolution dans la protection des malades mentaux hospitalisés. Tout malade mental, interné dans un hôpital public, aurait eu la possibilité de contester devant la Cour une hospitalisation injustifiée ou déraisonnable, demandée par sa famille ou son représentant légal. Cette possibilité aurait eu une vaste portée puisque, dans les procédures d'internement, le rôle de la famille peut être crucial. La majorité des hospitalisations sont en effet engagées par un médecin agissant sous impulsion et pour le compte de la famille ou du représentant du malade⁴⁵².

A ce propos, le législateur italien, qui a tiré les leçons des demandes d'internement abusives de l'époque de la Loi sur les aliénés de 1904, accorde désormais l'initiative du traitement forcé dans un hôpital, non plus aux parents ou aux proches du malade mental, mais exclusivement au Maire, suite à un diagnostic motivé d'un médecin. Ce diagnostic doit ensuite être confirmé ou réfuté par le médecin spécialiste de l'établissement sanitaire public où le

⁴⁴⁹ CourEDH, affaire Nielsen c. Danemark, arrêt du 28 novembre 1988, §§ 67-74, ainsi que infra, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 3 et 4.

⁴⁵⁰ D'après la Commission, non seulement il y avait bien privation de liberté, mais le consentement de la mère ne pouvait relever l'Etat de sa responsabilité, par l'intermédiaire du médecin chef, d'assurer le caractère raisonnable et justifié du placement du requérant. Or, d'après les faits, le requérant ne souffrait d'aucun trouble mental véritable. En conséquence, son hospitalisation ne répondait pas à l'objectif de la let. e) de l'art. 5 CEDH et violait la Convention, CommEDH, affaire Nielsen c. Danemark, avis du 12 mars 1987, §§ 102-132.

⁴⁵¹ «Les conditions particulières dans lesquelles le requérant a été admis à l'hôpital, placé contre son gré dans le pavillon psychiatrique, ainsi que la durée et les modalités d'application de l'internement sont des critères importants [...]. L'internement pendant plusieurs mois, dans un pavillon psychiatrique d'un garçon de douze ans qui n'était pas un malade mental constitue une privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention», CourEDH, affaire Nielsen c. Danemark, arrêt du 28 novembre 1988, opinion dissidente commune aux Juges VILHJÄMSSON, PETTITI, RUSSO, SPIELMANN, DE MEYER, CARRILLO SALCEDO et VALTICOS.

⁴⁵² SHELTON/DOURAKI, AS/Jur. (43) 41, p. 5.

malade sera traité⁴⁵³. Au Royaume-Uni, par contre, le formulaire de demande peut être signé par un proche parent uniquement pour les admissions pour évaluation en cas d'urgence⁴⁵⁴. Il s'agit toutefois d'une procédure exceptionnelle, qui ne peut excéder soixante-douze heures et ne peut être renouvelée⁴⁵⁵. A Genève, la loi prévoit que l'hospitalisation non volontaire résultant de la demande de la famille doit être signalée à l'autorité tutélaire dans les quarante-huit heures⁴⁵⁶.

En Inde, tout malade mental incapable d'exprimer son consentement, peut être hospitalisé «volontairement» (sic!) dans un établissement psychiatrique sur demande déposée à cet effet par un parent ou un ami, si le médecin responsable est convaincu que cela est nécessaire, et ce dans l'intérêt du malade mental. Cette hospitalisation ne peut durer plus que quatre-vingt-dix jours et doit être accompagnée de deux certificats médicaux, dont un établi par le médecin du Gouvernement⁴⁵⁷. Il s'agit de biens maigres remparts contre les risques d'abus. Le droit du malade mental ou d'un parent de déposer avec succès auprès d'un magistrat une demande en libération⁴⁵⁸ apparaît plus maigre encore. Toutefois, si le malade mental est capable d'exprimer son consentement et si c'est une tierce personne, en dehors du conjoint, qui demande l'internement, celle-ci doit indiquer dans sa requête les motifs et les circonstances pour lesquels le placement est demandé, ainsi que le genre des rapports qu'elle entretient avec le malade mental⁴⁵⁹.

L'affaire Nielsen c. Danemark précitée a, au moins, dénoncé le besoin d'une protection spéciale des enfants. Cette protection est nécessaire afin d'assurer que ces enfants ne soient pas injustement placés et maintenus dans des hôpitaux psychiatriques à la demande de leurs parents pour des affections qui ne sont pas assimilables à des troubles mentaux au sens de la Convention⁴⁶⁰.

Déjà à l'époque et conscient de la problématique, le Projet DAES prévoyait un chapitre – qui n'a pas été repris dans la version définitive – traitant des malades mineurs et adolescents, dans lequel était consacré le principe qui

⁴⁵³ Art. 1^{er} al. 2 et 5 de la Loi italienne N° 180 du 13 mai 1978.

⁴⁵⁴ Art. 4 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni.

⁴⁵⁵ Pour en savoir plus, infra II^e Partie, section C, sous-section c), par. 2.

⁴⁵⁶ Art. 11 de la Loi genevoise K 1 25.

⁴⁵⁷ Art. 11 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

⁴⁵⁸ Art. 11 al. 3, *ibid.*

⁴⁵⁹ Art. 20 al. 4, *ibid.*

⁴⁶⁰ A ce propos, DIGNEFFE/GILLARDIN/TULKENS/VAN DE KERCHOVE, surtout aux pp. 17-24, où les diverses procédures belges aboutissant au placement des mineurs sont analysées et critiquées, eu égard notamment à la fragilité des garde-fous qu'elles offrent contre les détentions injustifiées.

veut que «tout patient mineur ou adolescent a le droit de refuser l'hospitalisation pour les mêmes motifs, dans les mêmes conditions et selon les mêmes procédures que les patients adultes»⁴⁶¹. Les auteurs du «Livre blanc» s'inscrivent par ailleurs dans la même ligne de pensée, en considérant au surplus que les mesures de protection des personnes mineures doivent être plus contraignantes que celles réservées aux adultes. Ils préconisent également que l'avis du mineur doit être pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant en fonction de son âge et de son degré de maturité. Ils critiquent, enfin, la représentation du mineur par un membre de la famille en cas de conflit d'intérêts⁴⁶². La Recommandation N° REC(2004)10 reproduit textuellement ce principe⁴⁶³, qui, désormais, doit être considéré comme acquis.

La porte à l'application de l'art. 5 CEDH aux placements des malades mentaux, mineurs notamment, dans des hôpitaux publics à la demande de leur entourage en dehors de toute procédure d'office, n'est toutefois pas fermée. Elle reste entrouverte. La Cour n'a pas exclu expressément cette possibilité se bornant à affirmer qu'en l'espèce, l'assistance à l'hospitalisation prêtée par les autorités publiques était secondaire par rapport au rôle essentiel de la mère détentriche de l'autorité parentale. Il serait légitime de se demander si ses conclusions auraient été les mêmes si elle avait été confrontée à un adulte ou à un garçon de dix-sept ans hospitalisé à la demande de ses parents. La responsabilité du médecin chef de l'établissement public pourrait alors être prépondérante. Le rôle du détenteur de l'autorité parentale, à savoir assurer la meilleure protection des intérêts de l'enfant, n'aurait en principe plus le même poids. La Commission avait du reste envisagé cette hypothèse et conclu qu'un système qui permettrait de placer un mineur de dix-sept ans en pavillon fermé, contre son gré et avec le consentement du titulaire des droits parentaux, pourrait difficilement être considéré comme un placement volontaire échappant au contrôle de la Convention⁴⁶⁴.

Les législateurs nationaux se sont rendus compte du problème et ont cherché des remèdes multiformes⁴⁶⁵.

Aux Pays-Bas, seul le juge est habilité à autoriser le placement d'un mineur qui ne manifeste aucun signe de volonté d'être placé et est âgé d'au moins douze ans, notamment si les deux parents ne sont pas d'accord sur la nécessité du placement⁴⁶⁶. En Russie, à partir de quinze ans, le consentement

⁴⁶¹ Art. 41 du Projet DAES.

⁴⁶² «Livre blanc», point 8.

⁴⁶³ Art. 29 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, §§ 218-221.

⁴⁶⁴ CommEDH, affaire Nielsen c. Danemark, avis du 12 mars 1987, § 126.

⁴⁶⁵ L'exemple à ne pas suivre est celui de l'Inde, où un mineur malade mental peut être hospitalisé «volontairement» sur demande de son tuteur, art. 16 de la Loi d'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

⁴⁶⁶ Art. 2 de la Loi de 1992 des Pays-Bas.

du mineur relatif à son hospitalisation doit être pris en compte. Avant cet âge, tous les mineurs placés dans un hôpital psychiatrique à la demande ou avec le consentement de leurs représentants légaux sont automatiquement soumis à un examen obligatoire mené par la commission des psychiatres de l'établissement. Au cours de six premiers mois de détention, cet examen doit avoir lieu au moins une fois par mois et, ensuite, au moins une fois tous les six mois. Ce n'est pas tout. Le législateur russe a mis à charge de la commission des psychiatres et de l'établissement psychiatrique l'obligation d'informer les autorités compétentes en cas de découverte d'abus commis par les représentants légaux lors de l'hospitalisation des mineurs⁴⁶⁷.

En Finlande, il est prévu que l'avis du patient mineur doit être évalué si cela est possible compte tenu de son âge et de son niveau de développement; toutefois en cas d'incapacité, le pouvoir décisionnel revient encore une fois au tuteur ou au représentant légal⁴⁶⁸. La Norvège réglemente de manière très stricte et dans un chapitre spécifique la dispensation des soins psychiatriques aux mineurs et adolescents⁴⁶⁹. Dans la plupart des cas, toutefois, les législateurs se limitent au minimum indispensable, à savoir placer un mineur dans un service spécialement conçu pour l'accueillir⁴⁷⁰. L'évidence d'une telle condition ne semble toutefois pas aller de soi, puisque les Nations Unies ont considéré nécessaire de codifier dans un texte spécifique que tout mineur atteint d'une maladie mentale doit être traité dans un établissement spécialisé doté d'une direction médicale indépendante⁴⁷¹. Par ailleurs, les cas des parents qui désapprouvent le mode de vie de leurs enfants et décident ainsi de les interner dans un établissement psychiatrique ne sont peut-être pas aussi rares, principalement, mais pas exclusivement, aux Etats-Unis⁴⁷².

⁴⁶⁷ Art. 31 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie. Cette disposition vise non seulement les mineurs mais tous les patients incapables de discernement, le but étant de lutter contre les internements abusifs poursuivant des intérêts autres que le bien-être et le traitement du malade. La Loi de 1988 prévoyait uniquement qu'il fallait prendre en considération le consentement des mineurs âgés de plus de seize ans, art. 15 al. 2 du Décret N° 8282-XI du 5 janvier 1988 du Praedium du Soviet suprême de l'Union des Républiques socialistes soviétiques.

⁴⁶⁸ Art. 7 sur le statut des patients mineurs de la Loi de Finlande du 17 août 1992.

⁴⁶⁹ Art. 2-1 à 2-3 de la Loi de Norvège N° 62 du 2 juillet 1999.

⁴⁷⁰ Art. 8 de la Loi de Finlande N° 1116 du 14 décembre 1990; pour les mineurs de moins de seize ans, art. 5 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

⁴⁷¹ Art. 53 des Règles des Nations Unies pour le protection des mineurs privés de liberté, adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies par la Résolution 45/113 du 14 décembre 1990.

⁴⁷² Dans son excellent article sur l'internement psychiatrique des mineurs aux Etats-Unis, MOLNAR dénonce la pratique des internements «volontaires» des adolescents à la demande des leurs parents pour les «soigner», notamment en raison de «tendances homosexuelles précoces». Après avoir décrit les traitements assez extrêmes administrés à ces jeunes patients – isolation, jeûne forcé, thérapies conflictuelles (*aversion therapy*) – l'auteur souligne la nécessité d'investir cette catégorie des patients des mêmes, voire de plus de droits procéduraux que les adultes – droit de recours, d'être entendu, d'être présent, d'être assisté d'un avocat,

Qu'en est-il maintenant de l'application de l'art. 5 CEDH à l'hospitalisation volontaire proprement dite?

iii) *L'hospitalisation volontaire proprement dite*

L'hospitalisation volontaire proprement dite a lieu chaque fois que le malade mental, d'entente avec le médecin traitant, décide de passer quelque temps dans un établissement psychiatrique, en l'occurrence public. La Cour a clairement indiqué qu'«une détention pourrait enfreindre l'art. 5 quand bien même l'individu dont il s'agit l'aurait acceptée»⁴⁷³. Ce principe a été consacré dans l'affaire dite «des vagabonds»⁴⁷⁴, où le Gouvernement belge avait vainement excipé de ce que les requérants s'étaient présentés de leur plein gré à la police en vue de leur internement, et a été rappelé dernièrement⁴⁷⁵.

Au vu de ce qui précède, le consentement à l'hospitalisation n'exclut pas nécessairement l'application de la Convention. Il est évident qu'en pratique, aussi longtemps que le patient consent à rester dans l'établissement administrant des soins, il n'y a pas lieu de faire appel aux garanties de l'art. 5 CEDH. Cependant, il peut arriver que le jour où le patient manifeste sa volonté de sortir de l'hôpital, le directeur de l'établissement psychiatrique, pour des raisons thérapeutiques, manifeste son désaccord. Si le patient ne partage pas cette décision, son hospitalisation, au départ volontaire, peut se transformer en une véritable hospitalisation forcée. Dès cet instant, le malade mental doit pouvoir jouir de tous les droits garantis par la Convention, et la jurisprudence de la Cour dans l'affaire dite «des vagabonds» retrouve toute sa valeur. C'est d'ailleurs ce qui s'est passé dans l'affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*⁴⁷⁶ ayant trait à une malade mentale «volontaire» dans un hôpital psychiatrique qui, suite à la demande de son mari, fut gardée à son insu en hospitalisation forcée pendant six mois. La Cour a appliqué sans hésiter les garanties de l'art. 5 CEDH⁴⁷⁷.

de demander une contre-expertise, etc. A cet égard, un arrêt de la Cour suprême, en 1979 déjà, prêchait non seulement l'importance de tels droits mais prônait aussi l'institution d'un «*neutral fact-finder*», ayant pour mission exclusive le contrôle de la légitimité des placements des mineurs, compte tenu notamment du risque d'abus réel et élevé. En dépit de cet arrêt, les Etats américains demeurent libres de déterminer le niveau de protection. Son étendue est, dès lors, très variable, avec des extrêmes, comme dans l'Etat de l'Utah, où les droits de mineurs sont quasi-inexistants, MOLNAR, surtout aux pp. 102-108 et 111-112.

⁴⁷³ CourEDH, affaire *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, § 65.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ CourEDH, affaire *H. L. c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 octobre 2004, § 90 *in fine*.

⁴⁷⁶ CourEDH, affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1990.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, §§ 21-23. A cet égard, la Recommandation N° R (83) 2 exclut de son champ d'application l'hospitalisation volontaire sauf pour le malade, admis initialement à sa propre demande, mais retenu dans l'établissement en dépit de sa volonté de le quitter (art. 2 al. 2).

Pour éviter ce genre de situations et développer le recours à un traitement psychiatrique qui ne soit plus imposé mais accepté⁴⁷⁸ et, partant, thérapeutiquement plus efficace, certaines législations internes ne permettent qu'exceptionnellement de détenir de force un patient volontaire⁴⁷⁹.

En principe, donc, un patient volontaire ne peut être retenu contre son gré, ceci pour éviter que les malades ne refusent l'hospitalisation de peur qu'une fois dans l'établissement, ils ne puissent plus en sortir de leur propre volonté. Il va de soi que si le malade présente des troubles mentaux d'un degré de gravité tel qu'il est nécessaire, dans l'intérêt de sa santé ou de sa sécurité ou pour la protection des tiers, d'empêcher son départ de l'hôpital, l'hospitalisation volontaire peut devenir involontaire. Souvent le prononcé de cette dernière n'est pas immédiat.

Au Royaume-Uni, le médecin traitant ou son remplaçant peut requérir du directeur de l'établissement, en s'appuyant sur un rapport médical circonstancié, la détention forcée pour une durée qui n'excède pas soixante-douze heures; ensuite, le malade mental doit être formellement hospitalisé ou alors libéré. Si aucun médecin n'est atteignable, une infirmière responsable et qualifiée pourra retenir le patient pendant six heures au maximum⁴⁸⁰. Au Japon, le directeur de l'établissement est tenu de libérer le malade à la demande de celui-ci. Toutefois, si à la suite d'un examen médical pratiqué par un médecin agréé, il se révèle nécessaire de poursuivre le traitement, la sortie peut être refusée pour une durée n'excédant également pas soixante-douze heures. Le directeur doit notifier par écrit sa décision au malade et l'informer des voies de recours à disposition⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Il convient de préciser, toutefois, que placement forcé ne va pas toujours de pair avec traitement forcé, de même que consentement à l'hospitalisation ne rime pas toujours avec consentement au traitement. Dans ce sens, art. 17, 18 et 20 de la Recommandation N° REC(2004)10. Au Royaume-Uni, par exemple, un patient en service libre a le droit de refuser tout traitement sauf en cas d'urgence, tandis que certaines catégories de patients admis sous contrainte peuvent refuser le traitement selon les mêmes modalités que les patients en service libre. De plus, certains traitements particulièrement invasifs ne peuvent en aucun cas être administrés sans recueillir le consentement du malade ou une seconde opinion. En Israël, le législateur a été conscient de cette problématique et prévu que tout patient volontaire doit signer un consentement aux fins de son admission et de son traitement; en cas de dispensation de traitements «très spéciaux ou spécifiés par voie de règlement», un consentement distinct est requis, art. 4 al. 1 de la Loi d'Israël de 1991. En Italie, ce problème semble ne pas se poser, du moins pas formellement. La Loi N° 180, fidèle héritière du mouvement de la désinstitutionnalisation, se réfère principalement aux «traitements sanitaires volontaires et obligatoires», en reléguant au second plan sa condition d'exécution, soit l'hospitalisation. Pour en savoir plus, LOUZON, pp. 34-35; LUTTRELL, pp. 950-953; DOURAKI (1), pp. 334-339 ainsi que infra, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 4.

⁴⁷⁹ Par exemple, l'art. 22.2 de la Loi du Japon N° 123 de 1950, qui prévoit clairement que le directeur de l'établissement doit s'efforcer d'hospitaliser le malade avec son consentement.

⁴⁸⁰ Art. 5 al. 2 et 4 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni.

⁴⁸¹ Art. 38.4 de la Loi du Japon N° 123 de 1950.

Hormis ce qui précède ainsi que les éventuelles nuances législatives, le principe fondamental de l'hospitalisation volontaire reste «entrée libre égale sortie libre», avec la possibilité d'y déroger *in extremis* seulement.

A Genève, par exemple, l'hospitalisation volontaire cesse sur demande du malade mental et le médecin responsable de l'établissement en est uniquement informé⁴⁸². En Angleterre, les patients «en service libre» peuvent quitter l'hôpital quand ils le désirent⁴⁸³. En France, toute personne hospitalisée avec son consentement dispose des mêmes droits que ceux reconnus aux malades hospitalisés pour une autre cause, le droit de mettre un terme à son internement figure parmi ces droits⁴⁸⁴. Le législateur tunisien emploie la même formule, en ajoutant que l'hospitalisation en milieu libre n'est soumise à aucune réglementation spécifique et fait suite à l'établissement, par un médecin psychiatre traitant, d'un bulletin d'admission rédigé selon les règles d'usage dans tout hôpital ordinaire. De la sorte, la sortie du malade n'est soumise à aucune réglementation particulière et revêt un «caractère obligatoire» dès lors que le malade ou son tuteur en formulent la demande écrite⁴⁸⁵. En Russie, le patient volontaire doit être libéré à sa demande, à la demande de son représentant légal ou sur décision du médecin traitant⁴⁸⁶.

Au Canada, l'administrateur d'un établissement psychiatrique doit s'assurer que le service approprié des défenseurs des malades soit avisé de chaque décision modifiant le statut du malade mental en placement volontaire. De surcroît, pour de telles modifications, le psychiatre traitant doit déposer une requête auprès du tribunal compétent et établir que le malade est atteint d'un trouble mental, que son comportement récent en placement volontaire risque sérieusement de causer un tort physique ou psychologique imminent à lui-même ou à autrui, que le placement volontaire ne peut être poursuivi

⁴⁸² Art. 23 al. 2 de la Loi genevoise K 1 25. Avant l'adoption de cet article, le patient volontaire pouvait sortir uniquement sur autorisation du médecin responsable de l'établissement. La loi genevoise définit par ailleurs les principes de l'hospitalisation psychiatrique volontaire de manière à la rapprocher le plus possible de l'hospitalisation en médecine somatique. La mise en place de l'hospitalisation est en effet extrêmement simple: le patient doit signer un certificat médical «constatant que [son] état mental actuel justifie cette admission» sans description écrite de la symptomatologie du patient. Pour en savoir plus NIVEAU/BERTRAND (1), pp. 474-477 ainsi que NIVEAU (3) p. 246 ainsi que pp. 248-249 pour un aperçu des législations cantonales. Le Tribunal fédéral a, par ailleurs, eu l'occasion de statuer sur la conformité au droit fédéral et constitutionnel de cette disposition genevoise, ATF du 28 janvier 1981 [1P.335/1980] en la cause H. R. c. canton de Genève, SJ 1983 161, consid. 6 et 7. Le droit fédéral, et plus particulièrement les dispositions en matière de privation de liberté à des fins d'assistance, règle de manière exhaustive les conditions matérielles du placement forcé; en revanche, il ne régit pas les cas d'admission volontaire.

⁴⁸³ Art. 131-1 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni ainsi que LOUZON, p. 21.

⁴⁸⁴ Art. L.362-2 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990.

⁴⁸⁵ Art. 8 à 10 de la Loi de Tunisie N° 92-83 du 3 août 1992.

⁴⁸⁶ Art. 40 al. 2 de la Loi de la Fédération de Russie du 2 juillet 1992.

et que d'autres mesures moins contraignantes seraient inadéquates⁴⁸⁷. En Hongrie, le patient qui se trouve dans un établissement psychiatrique à sa propre demande doit être libéré sans délai quand il le requiert. Au surplus, la nécessité du traitement administré sur une base volontaire est contrôlée périodiquement par un tribunal⁴⁸⁸.

Dans certains Etats, le malade mental volontaire qui veut mettre un terme à son hospitalisation doit suivre une procédure un peu plus formaliste, qui permet aux autorités de contrôler sa mise en liberté. Les délais sont toutefois relativement courts. En Inde, le médecin responsable de l'établissement de détention est tenu, sur demande du malade, de le libérer dans un délai de vingt-quatre heures⁴⁸⁹. En Israël, tout patient volontaire doit signer un bulletin d'autorisation de sortie et bénéficier de sa mise en liberté dans un délai de quarante-huit heures à compter de la signature. Le même délai est imposé au psychiatre de district qui veut initier une procédure d'hospitalisation forcée⁴⁹⁰.

En résumé, il n'y a pas lieu de recourir à l'art. 5 CEDH en cas d'hospitalisation volontaire proprement dite, car le consentement du malade, aussi longtemps qu'il existe, rend inutile toute protection. L'hospitalisation d'un malade mental à la demande d'un tiers pourrait toutefois bénéficier de la protection de la disposition conventionnelle si le patient s'oppose à son placement et si l'avis du médecin chef de l'établissement public, ou d'une autre autorité publique, a joué un rôle déterminant dans la procédure de détention. Sur un plan national, le statut du patient psychiatrique volontaire fait de plus en plus l'objet de réglementations détaillées. Les procédures d'admission sont simplifiées, les droits des mineurs sauvegardés aux mieux et la sortie à la demande du malade assurée de manière presque automatique et obligatoire. Toutefois, un nombre encore important de lois n'aborde pas la problématique de l'hospitalisation volontaire⁴⁹¹. Cette situation est malheureuse. Le principe moderne qui découle du mouvement d'assimilation de la

⁴⁸⁷ Art. 7 et 12 de la Loi du 31 mars 1998 de la Province de Nouveau-Brunswick, Canada.

⁴⁸⁸ Art. 35 E de la Loi de Hongrie N° 87 de 1994.

⁴⁸⁹ Art. 18 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

⁴⁹⁰ Art. 4 let. b) et d) de la Loi d'Israël 5751 de 1991.

⁴⁹¹ A cet égard, en Italie, le législateur a fait un choix délibéré. En effet, l'esprit qui anime la Loi N° 180 réside dans le caractère volontaire du traitement sanitaire (art. 1 al. 1). De plus, la fermeture des établissements psychiatriques y est prévue. Dans des telles conditions, régler des procédures classiques de placement volontaire apparaissait illogique. La loi indique néanmoins, pour les personnes incapables, y compris les mineurs, qu'un traitement sanitaire peut être demandé, soit directement au Maire en tant qu'autorité sanitaire locale, soit par l'intermédiaire d'un médecin et par leurs représentants légaux. Le médecin recommande ensuite au moyen d'un certificat médical dûment motivé le traitement au Maire qui décide. Il s'agit de l'unique formalité. Nous ne qualifierons pas cette procédure de volontaire, au motif que le patient n'est pas capable de consentir, *contra* LOUZON, p. 139.

maladie mentale à la maladie physique et qui veut que le statut juridique du patient psychique volontaire soit le même que le statut du patient physique ordinaire, n'est en soi pas suffisant pour garantir une protection efficace⁴⁹². Les Principes de l'OMS codifient par ailleurs expressément la nécessité d'insérer dans les régimes juridiques régissant la santé mentale une procédure d'admission volontaire qui soit respectée dans la pratique⁴⁹³.

Abordons à présent la question des établissements psychiatriques privés.

3) L'hospitalisation dans un établissement psychiatrique privé

En principe la Convention, ainsi que les autres traités de protection des droits de l'homme, ne s'appliquent qu'aux actes des pouvoirs publics. L'hospitalisation dans un établissement psychiatrique privé n'implique aucun acte gouvernemental et ne devrait dès lors pas relever de l'art. 5 CEDH.

Les atteintes aux droits de l'homme n'émanent pourtant pas exclusivement des pouvoirs publics. Elles peuvent aussi être l'œuvre des particuliers. Il convient alors de déterminer si la violation de la Convention par un individu ou un organisme privé peut être imputable à l'Etat. Dans certaines conditions, les garanties consacrées dans la Convention possèdent une certaine applicabilité horizontale, ou «*Drittwirkung*», et l'Etat peut être tenu pour responsable, non seulement des actes de ses représentants publics, mais aussi de ceux des personnes privées.

Une telle responsabilité trouve sa source, d'une part, à l'art. 1^{er} CEDH qui déclare que chaque Etat partie «reconnait» à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés consacrés dans la Convention et, d'autre part, dans la jurisprudence strasbourgeoise, qui a rappelé à maintes reprises le devoir de tout Etat contractant d'adopter les mesures nécessaires, législatives ou autres, visant au respect effectif de ces droits et libertés, y compris dans les relations entre individus⁴⁹⁴. L'abstention coupable constitue une source directe de responsabilité de l'Etat; la violation émanant du particulier en

⁴⁹² Dans ce sens, LEGEMAATE (I), p. 263, qui soulève à titre d'exemple le dilemme auquel le patient psychique entré volontairement dans un établissement de soins pourrait être confronté au cas où il ne serait pas d'accord sur le traitement devant être administré.

⁴⁹³ Le Principe 2 al. 9 des Dix Principes de l'OMS.

⁴⁹⁴ CourEDH, affaire Powell et Rayner c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1990, § 39; CourEDH, affaire Plattform Ärzte für das Leben c. Autriche, arrêt du 21 juin 1988, § 32; CourEDH, affaire X et Y c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1985, § 23 et CourEDH, affaire Young, James et Webster c. Royaume-Uni, arrêt du 13 août 1981, § 49. Pour une bonne analyse, CLAPHAM (I), surtout aux pp. 90-244.

constitue la source indirecte ou médiate⁴⁹⁵. Il y a alors une «*Drittwirkung*» des droits contenus dans la Convention, mais elle est indirecte. Il en va par ailleurs de même sous le régime du Pacte II, qui prévoit que les Etats parties s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire les droits reconnus⁴⁹⁶.

Pour savoir si l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH peut être invoqué lors de l'hospitalisation d'un malade mental contre sa volonté dans un établissement psychiatrique privé à la demande d'un particulier, en un mot pour savoir s'il y a «*Drittwirkung*», une distinction entre la première et la deuxième phrase de l'al. 1 de cette disposition doit être faite. La deuxième phrase concerne seulement les privations de liberté ordonnées par des pouvoirs publics ou celles dont les autorités peuvent être tenues pour responsables⁴⁹⁷. Lorsqu'une privation de liberté résulte d'actes individuels, elle ne relève pas de la deuxième phrase de l'al. 1 de l'art. 5 CEDH, mais de la première, interprétée de telle façon que l'Etat est tenu de respecter l'obligation générale de protéger le droit des personnes à la liberté et à la sécurité jusque dans les relations entre individus⁴⁹⁸. L'Etat doit alors adopter les mesures propres à éviter qu'une personne ne subisse une détention arbitraire, même lorsque cette détention a un caractère exclusivement privé.

Ce qui précède avait été énoncé à titre d'*obiter dictum* par la Commission dans l'affaire Nielsen c. Danemark⁴⁹⁹. Cette affaire avait trait, rappelons-nous, à l'hospitalisation d'un enfant de douze ans dans le pavillon psychiatrique d'un hôpital public danois à la demande de la mère, détentricrice de l'autorité parentale. La Commission n'avait ainsi pas eu à appliquer la théorie de la «*Drittwirkung*» indirecte de l'art. 5 CEDH pour admettre la responsabilité du gouvernement danois. En effet, l'hôpital était public et le médecin chef du pavillon psychiatrique, représentant des pouvoirs publics et qui avait joué un rôle essentiel dans la procédure d'admission, engageait directement la responsabilité de l'Etat sur la base de la deuxième phrase de l'art. 5 al. 1 CEDH⁵⁰⁰. La Cour, de son côté, a évité d'examiner l'interprétation de la première phrase de la disposition précitée et de son application éventuelle à une

⁴⁹⁵ VELU/ERGEC, pp. 74-79; ainsi que ALKEMA, pp. 33-45 et Van DIJK/Van HOOFF, pp. 22-26, ainsi que les références citées. Pour un aperçu détaillé des diverses théories sur la «*Drittwirkung*» de la Convention et sur la jurisprudence strasbourgeoise à ce sujet, CLAPHAM (2), pp. 163-207.

⁴⁹⁶ Art. 2 al. 1 première phrase Pacte II; NOWAK, pp. 37-38, qui parle de «*Horizontalwirkung*», dont l'acception permet aussi de prendre en compte l'obligation à charge des Etats d'adopter des mesures positives, et Mc GOLDRICK, pp. 270-272.

⁴⁹⁷ CommEDH, affaire Nielsen c. Danemark, avis du 12 mars 1987, § 102.

⁴⁹⁸ Ibid.

⁴⁹⁹ Ibid.

⁵⁰⁰ Ibid., §§ 104-107.

privation de liberté résultant d'actes privés⁵⁰¹ puisqu'elle a conclu que l'hospitalisation de l'enfant ne constituait pas une privation de liberté⁵⁰².

Quoi qu'il en soit, nous sommes de l'avis que, si l'hospitalisation a lieu dans un établissement privé, la première phrase de l'al. 1 de l'art. 5 CEDH et l'interprétation donnée en son temps par la Commission devrait pouvoir s'appliquer conjointement avec les obligations prévues à l'art. 1^{er} CEDH, telles que développées par la jurisprudence. Le placement d'un malade mental ordonné par un particulier et exécuté dans une clinique privée pourrait ainsi engager la responsabilité de l'Etat dans le cas où ce dernier n'aurait pas pris les dispositions nécessaires, surtout législatives, pour assurer le respect des garanties conventionnelles, y compris à l'intérieur des établissements psychiatriques privés. L'absence de jurisprudence contraire et la confirmation par le Juge SALCEDO, dans son opinion dissidente lors de l'arrêt Nielsen précité, que la première phrase de l'al. 1 de l'art. 5 CEDH impose bien à l'Etat l'obligation positive de protéger la liberté des personnes par des lois et autres moyens appropriés⁵⁰³, laisse la porte ouverte à cette interprétation.

Par ailleurs, dans certains Etats, le législateur ne fait plus de distinction entre «public» et «privé» afin de garantir une application sans faille des principes protecteurs du malade mental hospitalisé. Tel est le cas notamment à Genève, où la même réglementation est applicable aux hôpitaux publics ainsi qu'aux cliniques privées, du moins en ce qui concerne l'hospitalisation et le traitement psychiatriques forcés⁵⁰⁴. En Finlande, le législateur a prévu des dispositions communes aux établissements étatiques et privés⁵⁰⁵. Au Canada, la Loi sur la santé mentale s'applique à «tous les établissements psychiatriques», lesquels peuvent être visités et inspectés en tout temps par des inspecteurs habilités par le gouvernement⁵⁰⁶.

⁵⁰¹ CourEDH, affaire Nielsen c. Danemark, arrêt de la Cour du 28 novembre 1988, § 73.

⁵⁰² Ibid., §§ 67-73. La délicate question de la distinction entre une mesure privative de liberté et une simple restriction de cette liberté dans le cadre des hospitalisations pour maladie mentale sera traitée plus amplement par la suite, infra, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 4.

⁵⁰³ CourEDH, affaire Nielsen c. Danemark, arrêt du 28 novembre 1988, opinion dissidente du Juge CARRILLO SALCEDO.

⁵⁰⁴ Art. 2 de la Loi genevoise K 1 25, qui prévoit que ses dispositions s'appliquent indistinctement aux «établissements publics ou privés» du canton de Genève qui dispensent des traitements et des soins psychiatriques».

⁵⁰⁵ Art. 7 de la Loi de Finlande N° 116 du 14 décembre 1990.

⁵⁰⁶ Partie I, art. 2 à 5 de la Loi de la Province du Nouveau-Brunswick (Canada) du 31 mars 1998.

De surcroît, d'après une grande majorité des législations nationales, un établissement psychiatrique privé doit obtenir l'autorisation du gouvernement⁵⁰⁷. Ce devoir de contrôle des pouvoirs publics, qui en général est permanent et peut entraîner la fermeture de l'établissement⁵⁰⁸, serait en lui-même suffisant pour engager directement la responsabilité de l'Etat, sans recours nécessaire à la notion de «*Drittwirkung*». C'est du moins le cas, si l'on fait un parallèle avec la jurisprudence de la Cour dans l'affaire Costello-Roberts c. Royaume-Uni⁵⁰⁹ relative à des châtements corporels dans une école privée anglaise. Dans cette affaire, le Gouvernement affirmait n'avoir qu'un degré limité de contrôle et de surveillance sur les écoles privées et, dès lors, la responsabilité directe de chaque aspect de leur gestion ne pouvait pas lui être imputé. La Cour a réfuté sans hésitation cet argument, car «l'Etat ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers»⁵¹⁰. En conséquence, et toujours d'après la Cour, le traitement incriminé, à savoir le châtement corporel, bien qu'infligé par le chef d'un établissement privé, était de nature à engager la responsabilité de l'Etat au regard de la Convention⁵¹¹.

Dans l'affaire précitée, le contrôle des autorités publiques sur les écoles privées était très restreint; il se limitait à l'immatriculation auprès du Ministère de l'éducation et de la science et à la vérification du respect de normes de sécurité, d'hygiène et de pédagogie⁵¹². En règle générale, la surveillance du gouvernement sur la création et le fonctionnement d'un établissement psychiatrique privé est semblable voire plus incisif.

En France par exemple, lorsque l'hospitalisation d'un malade mental est faite dans un établissement privé, l'autorité chargée de l'admission dans les hôpitaux publics, à savoir le Préfet, reçoit le bulletin d'entrée du malade et charge dans les trois jours suivants deux psychiatres de rendre visite au patient afin de constater son état et d'établir immédiatement un rapport⁵¹³. En

⁵⁰⁷ Tel est notamment le cas à Genève, où aucun établissement psychiatrique privé ne peut être ouvert sans l'autorisation du Conseil d'Etat. L'autorisation précitée est accordée sur préavis favorable du Conseil de surveillance psychiatrique. Le service médical et l'organisation de l'établissement doivent être compatibles avec le but thérapeutique de celui-ci. Voir art. 5 de la Loi genevoise K 1 25.

⁵⁰⁸ La Loi genevoise prévoit la fermeture d'un établissement psychiatrique privé, notamment si le service médical est insuffisant ou si son organisation ne répond pas aux exigences de son but thérapeutique, ou si les lois et les règlements ne sont pas observés, art. 7 let. b) à c) de la Loi genevoise K 1 25.

⁵⁰⁹ CourEDH, affaire Costello-Roberts c. Royaume-Uni, arrêt du 25 mars 1993.

⁵¹⁰ Ibid., §§ 25-28. Dans ce sens aussi l'avis de la Commission dans l'affaire Y c. Royaume-Uni qui s'est conclue par un règlement amiable après la saisine de la Cour, CommEDH, affaire Y c. Royaume-Uni, avis du 8 octobre 1991, §§ 36-37.

⁵¹¹ CourEDH, affaire Costello-Roberts c. Royaume-Uni, arrêt du 25 mars 1993, § 28.

⁵¹² Ibid., §§ 17-18.

⁵¹³ Voir notamment, art. L.336 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990.

Inde, la législation prévoit qu'en dehors des établissements gérés par le Gouvernement central, nul ne peut créer ou entretenir un hôpital psychiatrique ou une clinique psychiatrique sans autorisation valable. Les conditions d'octroi d'une telle autorisation sont très strictes. Cette autorisation est limitée dans le temps, sujette à renouvellement et dépend des inspections périodiques qui en contrôlent la conformité aux exigences matérielles inscrites dans la loi⁵¹⁴. Au Japon, tout établissement psychiatrique créé par une entité autre que l'Etat ou la préfecture doit être «agrée» par les autorités publiques avant de pouvoir accueillir des malades en placement forcé⁵¹⁵. Il en va de même en Belgique⁵¹⁶.

Au vu de ce qui précède, et notamment de la portée du contrôle exercé par le pouvoir administratif – qui dépasse largement un vague pouvoir de surveillance générale –, nous sommes d'avis que la violation de la Convention dans un établissement psychiatrique privé devrait pouvoir être aisément imputable à l'Etat directement sur la base de la deuxième phrase de l'al. 1 de l'art. 5 CEDH. Selon le principe «qui peut le plus peut le moins», l'application de la première phrase de cette disposition, par le biais de la notion de «*Drittwirkung*» indirecte, devrait même être possible. Dans les deux cas, il en résulte l'heureuse conséquence d'une application uniforme et intégrale des garanties conventionnelles, qui ne devrait en aucun cas dépendre de la nature, publique ou privée, de l'établissement de détention. A cet égard, les textes internationaux de protection du malade mental ne font pas de distinction, bien au contraire, le but recherché étant d'assurer un champ d'application le plus vaste possible. La Recommandation N° R (83) 2 utilise les termes «hôpital», «établissement de soins» ou «autre endroit approprié»⁵¹⁷ et s'applique à démontrer que la nature du lieu de détention ne doit pas être relevant. Le «Livre blanc», quant à lui, reprend exactement les mêmes expressions⁵¹⁸. Il en va de même de la Recommandation N° REC(2004)10⁵¹⁹. Les Principes des Nations Unies ont retenu un terme, en l'occurrence «service de santé mentale», avec une acception tout aussi, si ce n'est pas plus, large⁵²⁰. Les

⁵¹⁴ Art. 6 de la Loi d'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

⁵¹⁵ Art. 5 de la Loi de santé mentale du Japon du 1^{er} mai 1950.

⁵¹⁶ Arrêté royal belge du 15 janvier 1999 fixant les normes pour l'agrément spécial des maisons de soins psychiatriques.

⁵¹⁷ Art. 2 al. 1 de la Recommandation N° R (83) 2.

⁵¹⁸ «Livre blanc», Glossaire.

⁵¹⁹ Art. 10 et 17 de la Recommandation N° REC(2004)10. Notons que selon l'art. 2 al. 3 de cette Recommandation le terme de «établissements» doit s'entendre dans un sens large puisqu'il comprend «les établissements et les services». A l'heure où nous écrivons ces lignes, la Cour a consacré l'application de la Convention à l'hospitalisation forcée dans un établissement psychiatrique privé en rappelant en particulier le devoir de surveillance qui incombe à l'Etat, courEDH, affaire Storck c. Allemagne, arrêt du 15 mai 2005, §§ 100-107.

⁵²⁰ Notamment le principe 14 des Principes des Nations Unies, qui indique toutefois qu'un service de santé mental est approprié s'il respecte toute une série de conditions en termes de matériels, soins et personnels spécialisés. Par ailleurs, tout service de santé mental doit faire l'objet d'inspections fréquentes et régulières.

rédacteurs des Principes ont sans doute été inspirés par le projet, dont l'expression «établissement psychiatrique» entendait désigner l'ensemble «des hôpitaux pour malades mentaux, le centre de soins, les hôpitaux psychiatriques et les dispensaires psychiatriques»⁵²¹.

Aujourd'hui, la plupart des malades sont traités dans des services psychiatriques ouverts, souvent créés au sein des hôpitaux généraux.

4) Les services psychiatriques ouverts

Ces services ont vu le jour et se sont développés avec la révolution de la pensée psychiatrique (i). Ils prennent à présent des formes très variées, qui parfois peuvent constituer de véritables privations de liberté (ii).

i) *Les origines*

Ainsi que nous l'avons vu⁵²², la tendance de la psychiatrie contemporaine est d'éviter autant que possible l'enfermement des malades mentaux dans les murs d'un hôpital psychiatrique. Cette tendance est née avec le mouvement dit de la «désinstitutionnalisation»⁵²³, dont le principe était de libérer les patients, les plus chroniques et/ou les moins agressifs, hospitalisés principalement dans des établissements publics spécialisés, et de les traiter dans des centres communautaires de taille réduite. D'après les psychiatres, l'administration régulière de certains tranquillisants, et notamment de substances psychotropes, tels que les neuroleptiques, pouvait mettre fin à la «ghettoïsation» et permettre l'intégration de ces patients dans la société.

A sa naissance, il s'agissait d'une idée révolutionnaire, héritée du mouvement des antipsychiatres, qui malheureusement a été un échec, en partie tout au moins, dans son application. Dans l'euphorie de la «désinstitutionnalisation», les asiles psychiatriques publics ont été fermés et les malades libérés sans qu'une structure communautaire sanitaire suffisante ait été mise en place au préalable. Abandonnés à eux mêmes et incapables de s'assumer, la

⁵²¹ Art. 3 al. 1 let. d) du Projet DAES.

⁵²² Supra, I^e Partie, section B.

⁵²³ «Désinstitutionnalisation» équivaut à la traduction française de «*desinstitutionalisation*» qui est un terme d'origine américaine, l'Amérique étant le berceau de cette réforme dans le traitement des malades mentaux. Plus précisément, sa naissance remonte à 1963 lorsqu'un acte prévoyant un réseau de centres communautaires destinés à suivre les patients «*désinstitutionnalisés*» fut signé par le Président KENNEDY. Pour en savoir plus, HABER, pp. 141-155 et surtout pp. 163-166.

plupart des anciens patients sont devenus des vagabonds sans domicile fixe et leur état mental a empiré⁵²⁴.

Les Etats-Unis et l'Italie sont les deux Etats à avoir mis en œuvre presque à la lettre les principes fondamentaux de la «désinstitutionnalisation» et à avoir, ainsi, été confrontés à ses effets pervers⁵²⁵. Mais c'est surtout à l'Italie que revient le mérite, malheureux, de fournir l'exemple européen le plus éclairant des effets néfastes de cette réforme quand elle est effectuée en l'absence d'une structure médicale convenable⁵²⁶.

Adoptée sous l'impulsion de Franco BASAGLIA et du mouvement de gauche de la «Psychiatrie démocratique» (*Psichiatria democratica*), la Loi N° 180, entrée en vigueur en 1978, a comme but final la fermeture totale, à la seule exception des hôpitaux psychiatriques pénitentiaires, de tous les «*manicomi*» (hôpitaux psychiatriques publics) qui était prévue initialement au 31 décembre 1983, avant d'être reportée au 31 décembre 1996. Elle prévoit qu'en principe tout traitement doit être effectué dans un service psychiatrique extra-hospitalier, et qu'aucun nouveau patient ne doit être admis dans les «*manicomi*». De plus, ceux qui peuvent être soignés dans un centre ambulatoire doivent être libérés et les autres progressivement transférés dans les pavillons psychiatriques créés à l'intérieur des hôpitaux ordinaires⁵²⁷. La nouvelle loi a aussi apporté des modifications administratives importantes, notamment financières, au système sanitaire/psychiatrique national⁵²⁸. Ces modifications furent une des causes qui ont retardé la mise en place des structures adéquates pour recueillir les malades⁵²⁹. Entre-temps, les médecins chefs des hôpitaux psychiatriques ne pouvaient pas admettre de nouveaux patients. Ils

⁵²⁴ CAMPBELL, pp. 43-57; FRANCES et GOLDFINGER cité par KAUFMAN, p. 334. KAUFMAN nous présente une excellente analyse de la situation américaine. Intéressant aussi OKIN, pp. 569-574

⁵²⁵ Voir notamment, un article de «*Psiche 2000*» – association italienne pour la défense des droits des malades mentaux – paru sur internet et intitulé: Uno sguardo in dettaglio alle norme degli Stati Uniti, <http://www.k400.vol.it/IT/IT/ASSOC/PSICHE2000>.

⁵²⁶ Illustrant ce propos, le documentaire télévisé «Follement humain? Aspects de la psychiatrie aujourd'hui», transmis sur «*Arte*», le 23 janvier 1998, qui traite des conséquences de la réforme psychiatrique en Europe centrale, mais aussi en Russie, où il demeure très difficile de s'affranchir de la «psychiatrie punitive» des années cinquante.

⁵²⁷ Art. 6, 7 et 8 de la Loi italienne N° 180. Pour en savoir plus, PIZZI, pp. 33-41. Il sied de préciser qu'après son adoption, la Loi N° 180 a été annexée à la Loi de réforme sanitaire 833/1978 aux art. 33, 34, 35 et 64, avec quelques variations pas pertinentes en l'espèce. Ainsi, dans un but simplificateur, nous nous référons toujours à la Loi N° 180.

⁵²⁸ En partie en exécution de ces modifications, une loi ultérieure, à savoir la Loi N° 833 de 1982, a créé les Unités Sanitaires Locales (U.S.L.), qui sont des circonscriptions sanitaires locales responsables de tous les services hospitaliers et communautaires pour toutes les spécialités. Chacune de ces unités est dotée de son propre budget et administre une petite circonscription. Elle décide des affectations entre l'hôpital et la communauté pour les services aigus et chroniques ainsi que de la politique régionale de santé. Seules quelques-unes ont, cependant, accordé la priorité aux services de santé mentale, la majorité ne l'ayant pas fait. C'est une des raisons pour lesquelles l'application de la Loi N° 180 demeure complexe.

⁵²⁹ LOUZON, pp. 166-176.

devaient au contraire transférer les anciens patients dans des sections hospitalières spécialisées ou les confier à des services psychiatriques extra-hospitaliers, sections et services qui n'existaient pas. Ainsi, les malades libérés, sans famille et sans structure socio-médicale pour les prendre en charge, ont finalement rejoint le rang des indigents⁵³⁰.

De nos jours encore, la prise en charge prévue n'est pas pleinement atteinte⁵³¹. En conséquence, le nombre d'admissions dans les hôpitaux psychiatriques criminels et dans les cliniques psychiatriques privées – les seuls établissements n'étant pas visés par la loi – a considérablement augmenté et la qualité des soins psychiatriques publics laisse à désirer. Le plus souvent les malades mentaux, notamment dans le sud de l'Italie, continuent à être enfermés dans des asiles publics désormais délabrés et en état d'abandon, rien d'autre n'étant prévu pour eux⁵³². Cette situation a perduré longtemps, même après le 31 décembre 1996 – soit huit ans après – date à laquelle les derniers «*manicomi*» encore ouverts auraient dû fermer définitivement leurs portes⁵³³. A l'heure actuelle, il est même question d'ouvrir de nouveau ces mêmes «*manicomi*»⁵³⁴.

S'il est vrai qu'en Italie, depuis la «Loi Basaglia», le nombre des malades internés a chuté considérablement⁵³⁵, cela ne signifie pas pour autant que les

⁵³⁰ SARTESCHI, surtout pp. 35-40. Un journaliste d'un quotidien italien réputé a écrit à cet égard que «*malati di mente sbattuti fuori dagli ospedali psichiatrici hanno preso quattro direzioni. Una buona parte è stata scaricata sulle famiglie. Ma le famiglie non sono assolutamente in grado di curare malati del genere. Spesso si tratta di anziani genitori alle prese con un povero energumeno. Molti sono tornati a casa nei manicomi, in una situazione infinitamente peggiore di quella che avevano lasciato. Per disposizione della legge 180, difatti, i vecchi ospedali psichiatrici sono stati privati di strutture. Altri malati buttati sulla strada hanno commesso qualche sciocchezza e sono finiti nel manicomio criminale. Infine, la quarta via, molti malati abbandonati sul territorio si sono suicidati o sono finiti sotto al tram [...]» , propos reproduits dans le document intitulé Legge 180/833: Le osservazioni di Psiche 2000, Psiche2000, 1996, <http://www.k400.vol.it/IT/IT/ASSOC/PSICHE2000>.*

⁵³¹ En 1996, sur 1'400 services existants, 48% étaient des services ambulatoires, ne fournissant que des médicaments, 21% des SOPDC (*Servizi ospedalieri per la diagnosi e la cura*), soit des services dont l'activité se limite au diagnostic et au traitement en cas d'urgence, et 13% des structures de détention classique. De plus, 20% des U.S.L. italiennes ne s'étaient pas encore données les moyens pour atteindre les objectifs imposés par la Loi N° 180 et 45% de celles qui l'avaient fait n'avaient pas atteint un niveau d'efficacité suffisant. Ces données ont été reproduites dans le Manifesto delle associazioni aderenti a Psiche2000, Psiche2000, 1996, <http://www.k400.vol.it/IT/IT/ASSOC/PSICHE2000>.

⁵³² Pour un aperçu, CRAIG/JONES/WILKINSON, pp. 555-561. Les autorités se demandaient «*il matto dove lo metto*» (le fou, où je le mets) plutôt que «*il matto come lo curo*» (le fou, comment je le soigne), ROSSINI, S., Manicomi verso l'ora X, L'Espresso, 14 novembre 1996, p. 22.

⁵³³ La fermeture définitive aurait dû être achevée en 1998. Le 1^{er} janvier 1997, sur soixante-trois établissements psychiatriques publics visés par la loi, quarante-deux devaient encore être fermés, DE BAC, M., Avviata la chiusura degli istituti. L'Osservatore romano: quante tragedie dovute all'incompleta attuazione della legge Basaglia, Il Corriere della Sera, 2 gennaio 1997; ainsi que ROSSINI, S., Manicomi verso l'ora X, L'Espresso, 14 novembre 1996, pp. 19-34 et SETA, A., A proposito della chiusura dei manicomi, POL.it 1997, <http://www.POL.it/A/loi180.htm>.

⁵³⁴ A ce propos notamment l'article du 27 janvier 2004, intitulé Il Governo stringe i tempi par la riapertura dei manicomi, paru dans <http://www.itaca.coopoc.it>.

⁵³⁵ De 100'000 à 20'000 estime ROSSINI, S., Manicomi verso l'ora X, L'Espresso, 14 novembre 1996, p. 19.

patients libérés ont pu atteindre la qualité de vie recherchée. Les milieux intéressés ont critiqué, et critiquent encore âprement, la Loi N° 180, qualifiée de hâtive et mal faite par un législateur «aveuglé» par la nouvelle idéologie des anti-psychiatres⁵³⁶. Nous en voulons pour preuve le nombre des motions et projets législatifs, une trentaine environ, qui l'ont suivie⁵³⁷.

Aujourd'hui, le dernier projet en date prévoit un renforcement efficace des structures de soutien⁵³⁸, se fondant par ailleurs sur le Décret présidentiel du 7 avril 1994 qui prévoyait l'abandon définitif de l'hôpital psychiatrique et le renforcement des structures de soutien semi-résidentielles, comme le *day-hospital* psychiatrique, et résidentielles, comme l'appartement thérapeutique (*comunità alloggio*), en centralisant au possible leurs modalités d'exécution⁵³⁹.

⁵³⁶ Giuliano AMATO, ancien chef du Gouvernement a déclaré que: «questa legge fu l'errore di un legislatore impazzito che, in una materia tanto problematica e controversa, ha certificato, rendendola rigida, l'impostazione di una scuola», cité par ROSSINI, S., Cronologia di una liberazione, L'Espresso, 14 novembre 1996, p. 21 ainsi que LOUZON, pp. 147-150.

⁵³⁷ Pour un aperçu exhaustif des projets et motions depuis l'entrée en vigueur de la législation italienne, <http://www.pol.it.org/ital/riforma180.htm>, site dédié à la loi vingt ans après.

⁵³⁸ Le premier Projet, le N° 2011 des députés SCOCA et SAIA du 26 juillet 1996, est intitulé «*Norme per la prevenzione et cura delle malattie mentali*» et résume dans son préambule les faiblesses et les ressources du service psychiatrique national passé et présent. D'après ce projet, la santé mentale demeure de la compétence des U.S.L. régionales. Toutefois, des structures obligatoires de désinstitutionalisation sont prévues par la loi. Dans chaque U.S.L., le Département de santé mentale (DSM) est responsable de leur mise en application, ainsi que des programmes de traitement et de prévention. (art. 1 et 2 du Projet). Quant aux structures obligatoires – notamment le centre de santé mentale, le *day-hospital*, l'appartement thérapeutique (*comunità alloggio*) –, le projet prévoit leur développement et régleme dans les détails leur fonctionnement, le nombre de personnel et les places disponibles, les buts à poursuivre, etc. (art. 2, al. 4, let. a, b, c et d du Projet). Les autres Projets, notamment le dernier en date, à savoir le texte unifié du Projet de Loi n° 174 des députés BURANI et PROCACCINI du 6 juillet 2001, ne sont pas sensiblement différents. Il y apparaît néanmoins, pour la première fois, la notion de «*strutture residenziali con assistenza continuata*» (structures résidentielles avec assistance continue), dont le but est d'accueillir pour des périodes plus longues les malades chroniques qui ne peuvent pas être mis sans autre en liberté où s'accommoder d'une structure sémi-résidentielle (art. 3 al. 2 let. b et 4 du Projet). Il est notamment prévu que ces structures possèdent un nombre de lits limités et soient dotés d'espaces verts et de détente. Il est malheureux de constater que ce Projet, qui aurait dû être accepté, après quelques modifications mineures, dans le courant de l'année 2003, a finalement été rejeté par la Commission des affaires sociales le 22 avril 2004. Pour en savoir plus, voir les diverses interventions publiées dans http://www.itaca.coopsoc.it/article.php3?id_article=672 et <http://pol-it.org/ital/NT20031221.htm>. En d'autres termes, vingt-sept ans après son adoption, la Loi n° 180 n'est pas encore totalement appliquée et les divers projets législatifs, visant à combler ses lacunes ou réparer ses imperfections, ne passent pas le cap des commissions parlementaires. Une situation insatisfaisante surtout pour les malades et leurs familles, voir notamment l'article du 5 juillet 2005 de Nuova agenzia radicale, Quale futuro per la legge 180?, publié dans <http://www.itaca.coopsoc.it> ainsi que le document approuvé par le Sénat le 15 février 2006, intitulé «*Nuovo documento conclusivo proposto dal relatore per l'indagine conoscitiva sullo stato dell'assistenza psichiatrica e sull'attuazione dei progetti obbiettivo per la tutela della salute mentale e approvato dalla commissione (Doc. XVII, n° 30)*», reproduit dans http://www.itaca.coopsoc.it/article.php3?id_article=1014 qui résume l'état actuel du processus de modification législative de la loi N° 180.

⁵³⁹ Décret présidentiel N° 93 du 7 avril 1994, Progetto-obiettivo: Tutela della salute mentale, notamment son art. 2 au titre évocateur de «*strategia d'intervento*» (stratégie d'intervention).

En Italie, cependant, la faillite de la «désinstitutionnalisation» n'a été que partielle et, du moins nous pouvons l'espérer, temporaire. Le désir de réaliser le plus rapidement possible une réforme qui, au regard de sa portée, nécessitait une période d'adaptation médicale, sociale et économique relativement longue, a eu des effets pervers. Le législateur italien cherche aujourd'hui à les redresser; le chemin à parcourir est encore long.

Il est légitime d'affirmer que c'est aujourd'hui seulement que les résultats du mouvement de désinstitutionnalisation commencent à être clairement visibles dans les législations et pratiques médicales nationales. De plus en plus, des services psychiatriques ouverts sont intégrés dans les hôpitaux de médecine générale et parfois des patients somatiques et psychiques sont mélangés dans les mêmes unités⁵⁴⁰. Des centres communautaires de taille réduite, avec une assistance médicale et également sociale sont développés, où le malade mental est soigné et traité pendant la journée seulement. De simples soins ambulatoires d'une durée variable d'une ou deux heures sont aussi possibles pour des malades souffrant de troubles légers⁵⁴¹. Par ailleurs, l'institution de «l'appartement thérapeutique», une structure résidentielle où le malade mental conduit une vie «ordinaire» avec une surveillance, principalement d'ordre social et psychothérapeutique, se développe de plus en plus⁵⁴². Même dans les hôpitaux psychiatriques, les malades ne sont plus enfermés dans les quatre murs d'une cellule rembourrée. Au contraire, à l'exception des plus dangereux, ils sont traités dans des sections ouvertes, où ils déambulent à leur guise avec la possibilité de «s'envoler» pour quelques heures ou quelques jours à l'insu des surveillants⁵⁴³.

⁵⁴⁰ En Italie, l'art. 2 du Décret présidentiel N° 93 prévoit notamment un service psychiatrique de diagnostic et de traitement (*servizio psichiatrico di diagnosi e di cura*) à l'intérieur des hôpitaux publics pour les patients nécessitant d'un traitement, volontaire ou forcé, en milieu hospitalier.

⁵⁴¹ En Italie, les centres de santé mentale, préexistants à la réforme législative et qui aujourd'hui devraient être ouverts quotidiennement au moins douze heures pour six jours par semaine et garantir le soutien psychiatrique comme ambulatoire, y compris au domicile du patient, sont le pivot de l'organisation de l'assistance psychiatrique. N'oublions pas les structures semi-résidentielles, dont le «*day-hospital*» ouvert huit heures par jour, qui accueillent les malades souffrant de troubles d'une gravité moyenne nécessitant, pendant la journée exclusivement, un traitement pharmaceutique mais aussi thérapeutique et social, art. 2 du Décret présidentiel N° 93 ainsi que LOUZON, pp. 150-151.

⁵⁴² Cette structure est prévue en Italie, où la «*comunità alloggio*» est destinée surtout aux patients ayant atteint les dernières phases de leur réinsertion, art. 2 du Décret présidentiel N° 93. Selon la pathologie et le degré d'autonomie, l'offre de logements est de deux types, soit un appartement collectif nécessitant une assistance minimale, soit une pension de famille ou appartement communautaire avec une assistance soutenue. Pour en savoir plus, LOUZON, p. 155.

⁵⁴³ L'hôpital psychiatrique de Belle-Ideé – anciennement Bel-Air – qui recense cinquante fugues par mois de malades qui désirent aller boire un verre en ville, voir un ami ou un membre de la famille en est l'exemple genevois. Du point de vue thérapeutique, une telle liberté donne néanmoins des bons résultats. De ROTEN, Ph., Quelle liberté laisser aux malades? Bel-Air: cinquante fugues par mois. Pour les médecins, c'est un risque calculé dans un système de psychiatrie ouvert, Journal de Genève, 8 février 1993.

En somme, les ordres juridiques nationaux se révèlent de plus en plus perméables aux principes de la désinstitutionnalisation, sans toutefois jamais atteindre les extrêmes de l'exemple italien.

C'est notamment le cas de l'Espagne, où la loi prévoit que les soins de santé mentale doivent être prodigués en milieu communautaire, renforçant ainsi les moyens d'assistance au niveau ambulatoire et les systèmes d'hospitalisation à temps partiel et de prise en charge à domicile, qui réduisent au maximum la nécessité de l'internement. Le législateur espagnol, conscient que la question de santé mentale ne peut se contenter d'une solution exclusivement médicale, a encore souligné la nécessité de développer les services de réhabilitation et de réinsertion sociales⁵⁴⁴.

Au Venezuela, une résolution régit le traitement psychiatrique de jour dont le but, à teneur du texte, consiste à proposer à la personne atteinte d'une maladie mentale un traitement de substitution en milieu communautaire aux fins d'éviter que le patient ne soit coupé de son milieu familial et de favoriser son intégration sociale⁵⁴⁵. Au Salvador, la loi prévoit, comme politique de santé et sans de plus amples précisions, la dispensation d'une assistance psychologique et de soins psychiatriques sous la forme de traitements à domicile, ambulatoires ou en institution aux fins de traiter et de combattre les maladies et les déficiences mentales⁵⁴⁶.

En Australie, la loi prévoit que l'administration d'un traitement ou de soins doit être conçue de manière à permettre aux personnes atteintes de troubles mentaux, chaque fois que cela est possible, de vivre et de travailler au sein de la communauté et d'y participer⁵⁴⁷. En France, la loi régleme le fonctionnement des «services d'accueil familial thérapeutique» qui organisent le traitement des personnes de tous âges souffrant de troubles mentaux⁵⁴⁸. Enfin, en Belgique des «soins en milieu familial» sont explicitement prévus lorsque des mesures de protection sont nécessaires mais que l'état de la maladie mentale et les circonstances permettent que le patient soit

⁵⁴⁴ Art. 20 al. 2 de la Loi d'Espagne sur la santé mentale de 1986. Pour une analyse du processus de désinstitutionnalisation en Espagne, LOUZON, pp. 108-119.

⁵⁴⁵ Les traitements proposés peuvent être les suivants: traitement médical spécialisé, psychothérapie individuelle, de groupe ou familiale et traitement psychosocial (ergothérapie et autres techniques de réadaptation). L'équipe de soins est une équipe interdisciplinaire et ces traitements ne peuvent pas être administrés à plus de vingt-quatre patients par jour, Résolution du Venezuela N° SG-1087 du 19 mai 1995. La Résolution du Venezuela N° SG-1085 du 19 mai 1995 prévoit encore que les hôpitaux ordinaires peuvent admettre des patients adultes pour un séjour de trente jours au maximum aux fins de traitement.

⁵⁴⁶ Art. 203 du Décret d'El Salvador N° 955 du 11 mai 1988.

⁵⁴⁷ Art. 6A de la Loi de Victoria (Australie) N° 98 de 1995.

⁵⁴⁸ Arrêté français du 1^{er} octobre 1990 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services d'accueil familial thérapeutique.

soigné dans une/sa famille. C'est le Juge de paix qui décide sur présentation d'une requête. La mesure dure quarante jours et peut être prolongée jusqu'à une période maximale de deux ans. Le Juge de paix rend visite au malade au moins une fois par an⁵⁴⁹. Toujours en Belgique, il existe des «maisons de soins psychiatriques» destinées aux personnes qui présentent un trouble psychique chronique stabilisé⁵⁵⁰.

La grande majorité des Etats ne va toutefois pas aussi loin que les législateurs précités et se borne à codifier la nature extraordinaire de l'hospitalisation forcée, en indiquant notamment les strictes conditions à défaut desquelles celle-ci ne peut être ordonnée⁵⁵¹.

S'agissant des textes internationaux, alors que la Recommandation N° R (83) 2⁵⁵² ou les Principes des Nations Unies⁵⁵³ rappellent que l'internement est l'ultime remède⁵⁵⁴, les Dix Principes de l'OMS, sans doute parce que fraîchement imprégnés du mouvement de réhabilitation de la désinstitutionnalisation, y consacrent plusieurs lignes. Il y est codifié que les personnes atteintes de troubles de santé mentale doivent recevoir les soins les moins restrictifs. A cet égard, il faut prendre en considération le trouble en cause, les traitements disponibles, le degré d'autonomie, d'acceptation et de coopération de l'intéressé. Par la suite, les patients, dont le bilan est positif, doivent pouvoir accéder à un traitement en milieu communautaire. Pour les autres, les traitements en milieu institutionnel doivent être offerts dans l'environnement également le moins restrictif possible. Aux fins de promouvoir ce principe, les auteurs suggèrent la mise en place d'infrastructures et de structures d'accueil à l'intention des patients présentant des degrés variables

⁵⁴⁹ Art. 23-29 de Loi belge du 26 juin 1990.

⁵⁵⁰ Arrêté royal du 15 janvier 1999 fixant les normes pour l'agrément spécial des maisons de soins psychiatriques.

⁵⁵¹ Au Portugal, notamment, l'art. 16 de la Décision commune N° 867/2001 du 31 août 2001 du Ministère de la Défense nationale et du Ministère de la Santé se borne à prévoir que les hôpitaux psychiatrique se doivent de promouvoir l'humanisation et l'amélioration des conditions de vie des malades mentaux internés en élaborant des programmes de réadaptation adaptés à leurs besoins spécifiques et en soutenant leur réinsertion dans la communauté. Voir également, *Infra*, II^e Partie, section C, sous-section b), par 2.

⁵⁵² L'art. 3 de la Recommandation N° R (83) 2 fixe les conditions d'un placement en commençant par les termes «à défaut de tout autre moyen d'administrer le traitement approprié». Selon l'Exposé des motifs, § 15, ces mots ont été utilisés dans le but de souligner le caractère subsidiaire du placement forcé, qui ne peut être ordonné que si un autre moyen de traitement (prescription de médicaments, traitement dans la famille, etc.) ne peut être raisonnablement ordonné.

⁵⁵³ Le principe 15 al. 1 des Principes des Nations Unies qui prévoit que si un patient a besoin d'être soigné dans un service de santé mentale, tout doit être fait pour éviter qu'il n'y soit placé d'office.

⁵⁵⁴ Ce principe se retrouve par ailleurs à l'art. 8 de la Recommandation N° REC(2004)10 qui est intitulé «Principe de la restriction minimale».

d'autonomie⁵⁵⁵. Il est intéressant de relever la disparition du terme d' «hospitalisation» et de ses synonymes «placement» ou «internement» dans les Dix Principes de l'OMS, ce qui constitue la preuve irréfutable d'une évolution presque accomplie, à tout le moins dans les textes d'avant-garde.

Quoi qu'il en soit et indépendamment de la façon dont le processus de désinstitutionalisation a été ou est encore mis en œuvre, son but ultime demeure la réduction du nombre des hospitalisations forcées et/ou de leur durée⁵⁵⁶, avec comme conséquence, ainsi que nous venons de le voir, le prolifération de méthodes de traitement substitutives, moins contraignantes pour le malade mental et plus adaptées à sa réinsertion sociale, et ce même, ne l'oublions pas, pour le délinquant malade mental⁵⁵⁷.

En ce qui concerne plus particulièrement l'application des garanties contenues à l'art. 5 CEDH, il faut alors se demander si ces méthodes doivent être considérées comme des véritables mesures privatives de liberté ou des simples restrictions, auquel cas elles ne relèveraient que de l'art. 2 du Protocole N° 4 CEDH. L'intérêt pratique de cette question est certain. La privation de liberté reste parmi les ingérences les plus graves dans les droits d'un individu et l'art. 5 CEDH offre alors une protection supérieure à celle assurée par l'art. 2 du Protocole N° 4.

ii) Mesure privative de liberté ou simple restriction?

La distinction entre privation et restriction de liberté n'étant fonction que de degré ou d'intensité, mais non de nature ou d'essence, la Cour utilise une approche concrète et globale, prenant en compte un ensemble de critères, tels que le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure

⁵⁵⁵ Le principe 4 – intitulé par ailleurs «Dispensation des soins de santé mentale les moins restrictifs» – des Dix Principes de l'OMS. Il convient de relever que déjà lors de l'élaboration des Principes des Nations Unies, les représentants de l'OMS avaient préconisé l'insertion d'un article prévoyant que tous les malades mentaux seraient traités en toutes circonstances dans l'environnement le moins contraignant et au moyen des méthodes disponibles représentant pour eux un minimum d'intrusion tout en assurant un traitement efficace, Doc.ONU, E/CN.4/sub.2/1988/WG.3/WP.3, du 11 août 1988. L'adoption du principe précité ne fait que concrétiser cette proposition, qui ne fut pas suivie dans la version définitive des Principes des Nations Unies.

⁵⁵⁶ A Genève, lors des dix dernières années, le nombre des hospitalisations, toutes catégories confondues, a augmenté. Toutefois, et c'est là que les résultats du processus de désinstitutionalisation sont clairement visibles, la durée des séjours a considérablement baissé; les patients subissent des placements de plus en plus courts et, surtout, un pourcentage, en nette augmentation, d'entre eux ne font qu'un seul séjour. Cela est la preuve que la structure de soutien et de prévention accomplit son travail.

⁵⁵⁷ En Suisse, les délinquants malades mentaux ne doivent pas être internés mais soumis à un traitement ambulatoire s'il existe à court ou moyen terme de bonnes chances de guérison. Voir l'art. 43 CPS tel qu'interprété notamment par l'ATF 123 IV 100 consid. 1b et les références citées.

considérée⁵⁵⁸. Pour éviter que de nouvelles formes d'hospitalisation, sous certains aspects tout aussi contraignantes que les anciennes, n'échappent au contrôle de l'art. 5 CEDH, la notion de privation de liberté doit bénéficier d'une interprétation extensive et évolutive⁵⁵⁹.

Ainsi que nous l'avons vu⁵⁶⁰, dans certaines conditions une simple contrainte psychique peut déjà constituer une privation de liberté.

L'admission dans un pavillon psychiatrique ouvert peut alors sans hésitation être considérée comme une mesure privative de liberté, du moins si cette admission forcée est ordonnée par une autorité publique sur la base d'une législation interne spécifique et si le patient ne peut sortir sans autorisation. C'est du moins ce qu'a admis la Cour dans l'affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*⁵⁶¹. Le requérant se plaignait du retard dans l'exécution de son transfert de Broadmoor, un hôpital psychiatrique «spécial», à Oakwood, vers un établissement médical moins coercitif. Il soutenait que ce transfert équivalait en réalité à un retour à la liberté, car les restrictions qu'il aurait subies à Oakwood ne constituaient que des limitations à sa liberté de circuler. La Cour a rétorqué que le transfert de Broadmoor à Oakwood revenait à passer d'un mode d'internement psychiatrique à un autre, quoique différent et plus libéral. Le transfert à Oakwood constituait une véritable détention et non pas un retour à la liberté, dans la mesure où cette dernière connaissait en fait et en droit des limites (son placement était notamment toujours involontaire, à savoir soumis à une ordonnance restrictive du Mental Health Act britannique de 1959), quand bien même le requérant était dans un pavillon psychiatrique ouvert et recevait fréquemment l'autorisation de quitter l'hôpital⁵⁶².

Le caractère involontaire de l'hospitalisation au sens de la Convention apparaît comme le critère déterminant pour savoir si une hospitalisation constitue une mesure privative de liberté⁵⁶³. L'arrêt *Nielsen c. Danemark*⁵⁶⁴ le

⁵⁵⁸ CourEDH, affaire *Storck c. Allemagne*, arrêt du 15 mai 2005, §71; CourEDH, affaire *R. L. et M.-J. D. c. France*, arrêt du 19 mai 2004, § 85-93; CourEDH, affaire *Raimondo c. Italie*, arrêt du 22 février 1994, § 39; CourEDH, affaire *Nielsen c. Danemark*, arrêt du 28 novembre 1988, § 67; CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, §§ 41-42; CourEDH, affaire *Guzzardi c. Italie*, arrêt du 6 novembre 1980, §§ 92-93; CourEDH, affaire *Engel et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 8 juin 1976, §§ 58-59 ainsi que CommEDH, req. 16360/90, S. F. c. Suisse, DR 76-B, pp. 15-17.

⁵⁵⁹ La Cour elle-même a indiqué qu'il existe maintes formes de privation de liberté et que l'évolution des normes juridiques et des idées tend à en accroître la diversité. La notion de privation de liberté doit alors s'interpréter à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques, CourEDH, affaire *Guzzardi c. Italie*, arrêt du 6 novembre 1980, § 95. Pour la doctrine, OST, surtout aux pp. 443-445.

⁵⁶⁰ *Supra*, II^e Partie, section A, sous-section a).

⁵⁶¹ CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, §§ 40-42.

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ *Supra*, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 1 et 2.

⁵⁶⁴ CourEDH, affaire *Nielsen c. Danemark*, arrêt du 28 novembre 1988, § 72.

confirme. Un des motifs qui ont convaincu la Cour de l'absence de la privation de liberté en l'espèce était que la Loi danoise de 1938 sur les personnes souffrant de troubles mentaux ne s'appliquait pas au requérant. Ce dernier ne présentait, en effet, pas des troubles mentaux au sens de la loi précitée et le pavillon psychiatrique pour enfants ne servait pas au traitement des patients tombant sous le coup de celle-ci⁵⁶⁵.

Le même critère pourrait être décisif lors d'un traitement psychiatrique dispensé dans un centre médico-social diurne. Dans un tel cas, la Cour aurait peut-être tendance à constater une restriction importante à la liberté de circuler en se référant par analogie à sa jurisprudence dans l'affaire Raimondo c. Italie⁵⁶⁶ relative à une mesure de surveillance spéciale. Nonobstant la rigueur de cette dernière – il fallait verser une caution en espèces, ne pas s'éloigner de son domicile sans l'avoir annoncé à la police, s'y présenter aux jours indiqués, ne pas rentrer chez soi après 21 h. ni sortir avant 7 h. sans justes motifs et sans avoir au préalable averti les autorités –, la Cour a conclu à une limitation de la liberté de circuler⁵⁶⁷. On peut douter que le régime imposé par un centre médical, qui cherche à rééduquer et à réinsérer le malade mental dans la vie quotidienne et qui, partant, adopte un régime nécessairement permissif, puisse atteindre un degré d'intensité supérieur à celui du placement en surveillance spéciale comme dans l'affaire Raimondo précitée.

A cet égard, une affaire plus récente mérite d'être citée. Dans la cause H. M. c. Suisse⁵⁶⁸, une vieille dame sénile avait été placée dans un foyer médicalisé pour personnes âgées pour une durée indéterminée en raison de son «état grave d'abandon», en application des art. 397a et ss CCS. La requérante, âgée à l'époque des faits de quatre vingt-quatre ans, avait en effet besoin d'un traitement permanent en raison d'escarres aux jambes et de la cataracte dont elle souffrait. Il était impossible, vu son état, de la soigner ailleurs, en particulier à son domicile, où elle gisait dans des conditions d'hygiène précaires,

⁵⁶⁵ Ibid. La Cour poursuit son raisonnement en affirmant que, par ailleurs, les conditions de séjour du requérant (la porte du pavillon verrouillée, l'interdiction de recevoir des visites ou de quitter le pavillon sans autorisation) ne se distinguaient pas de celles rencontrées dans beaucoup de pavillons hospitaliers pour enfants atteints d'affections d'ordre physique. Ces pavillons sont également fermés à clé, pour empêcher les enfants de s'exposer à des dangers, de courir de tous les côtés et de déranger d'autres patients. Cette jurisprudence indique-t-elle qu'un malade mental admis dans un hôpital général dans les mêmes conditions de séjour ou dans la même unité que d'autres patients physiques ne doit pas être considéré comme un malade privé de liberté mais seulement restreint dans sa liberté de mouvement? Tel n'est en tout cas pas le cas si ce malade a été placé d'office.

⁵⁶⁶ CourEDH, affaire Raimondo c. Italie, arrêt du 22 février 1994, § 13.

⁵⁶⁷ Ibid., ainsi que CourEDH, affaire Guzzardi c. Italie, arrêt du 6 novembre 1980, § 92; CommEDH, req. 26772/95, Benedetto Labita c. Italie, §§ 158-160 et CommEDH, req. 12541/86, Vito Ciancimino c. Italie, DR 70, pp. 112-113.

⁵⁶⁸ CourEDH, affaire H. M. c. Suisse, arrêt du 26 février 2002, §§ 40-48.

dans un appartement non chauffé, étant incapable de se prendre en charge, de s'alimenter ou même de se vêtir.

La Cour a rappelé que la décision de placement avait été prise dans l'intérêt de la requérante, afin de lui assurer les soins médicaux nécessaires et les conditions de vie adéquates à son état. De surcroît, la Cour a relevé que le foyer en question était une maison ouverte, dans laquelle les patients jouissaient d'une totale liberté de mouvement, dans la mesure où ils étaient capables de s'occuper d'eux-mêmes. La requérante n'avait jamais été enfermée dans la section fermée du foyer et n'avait subi aucune autre restriction puisqu'elle était libre d'entretenir des relations personnelles avec l'extérieur, de téléphoner et d'écrire. La seule limitation de son libre emploi du temps était déterminée en fonction du traitement médical qui devait lui être administré. Ayant constaté, enfin, qu'une fois arrivée au foyer, la requérante avait consenti à y rester et que l'ordonnance de placement avait dès lors été levée, la Cour n'a plus eu d'hésitation. Elle a réitéré que le placement avait été ordonné dans l'intérêt de la requérante et, se référant à la jurisprudence *Nielsen c. Danemark*, a conclu que les conditions d'application de l'art. 5 CEDH, à savoir la privation de liberté, n'étaient pas réalisées⁵⁶⁹.

A notre avis, le refus de l'intéressée de recevoir des soins à son domicile, le fait qu'elle se rendait à peine compte des effets de son séjour au foyer, qu'elle était indécise quant à la solution qu'elle préférerait, ayant elle-même déclaré devant les autorités cantonales «n'avoir aucune raison d'être mécontente» du foyer, ont également été décisifs pour la Cour.

Cette affaire a permis d'asseoir la jurisprudence conventionnelle amorcée par l'arrêt *Nielsen c. Danemark*⁵⁷⁰. Le consentement de l'intéressé et le fait que le placement soit ordonné dans son propre intérêt semblent être déterminants pour l'application de l'art. 5 CEDH aujourd'hui. Cette jurisprudence ne fait toutefois pas l'unanimité. A cet égard, il suffit de se référer à l'opinion concordante ainsi qu'à celle dissidente développées par les juges minoritaires⁵⁷¹.

Nous partageons l'opinion concordante du Juge JÖRUNDSSON. Peut-être eût-il été plus cohérent d'admettre la privation de liberté et de considérer

⁵⁶⁹ Ibid.

⁵⁷⁰ *Supra*, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 2.

⁵⁷¹ CourEDH, affaire *H. M. c. Suisse*, arrêt du 26 février 2002, opinion concordante du Juge JÖRUNDSSON et opinion dissidente du Juge LOUCAIDES. Selon le Juge JÖRUNDSSON, il y avait privation de liberté principalement car la requérante n'était pas autorisée à quitter l'établissement, cette privation étant toutefois conforme à la Convention compte tenu de l'état de démence sénile et du besoin évident des soins. Le Juge LOUCAIDES défend l'existence d'une privation de liberté puisque la requérante, en dépit de son consentement ultérieur, ne pouvait pas quitter le foyer à sa guise. En revanche, il conteste la régularité de l'hospitalisation puisque la démence sénile n'avait pas été prouvée de manière objective. Aujourd'hui encore, la Cour confère un rôle prépondérant au consentement de la personne victime de la prétendue privation de liberté, CourEDH, affaire *Storck c. Allemagne*, arrêt du 15 mai 2005, § 74.

que l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH n'avait pas été violé, puisque cette privation était justifiée par l'état de la requérante et apparaissait proportionnelle dans son agencement⁵⁷²? Une telle vision a en tout cas le mérite d'être conforme à la systématique de la protection garantie par l'art. 5 CEDH. La Cour était sans doute gênée par l'état psychique dont souffrait l'intéressée. En effet, il aurait été difficile de soutenir que la démence sénile dont elle semblait être atteinte devait être assimilée à une maladie mentale au sens de la Convention, ce d'autant que cette notion doit être interprétée d'une manière restrictive⁵⁷³.

La référence à l'arrêt *Nielsen c. Danemark* ne nous paraît au surplus pas très heureuse compte tenu des états de faits si différents. Dans cette affaire, nous le rappelons, la Cour avait conclu à l'absence de privation de liberté, en raison du placement d'un enfant de douze ans à la requête de sa mère, détentrice de l'autorité parentale, dans un hôpital où il bénéficiait néanmoins de la même «grande» liberté de mouvement que les autres patients de son âge⁵⁷⁴. Un tel état de fait ne peut, à notre sens, être utilisé à titre de comparaison avec les circonstances qui ont donné lieu à la jurisprudence *H. M. c. Suisse*.

Quoi qu'il en soit et malgré les critiques, la décision de la Cour est compréhensible quant à son résultat car, au vu du cas d'espèce, il n'y avait pas de raisons de sanctionner les autorités suisses. La Cour a choisi une solution pragmatique même si, ce faisant, elle se détourne quelque peu de la rigueur juridique qui aurait plutôt porté à raisonner sous l'angle de la régularité, en risquant de donner un poids, à notre sens trop important, au consentement de l'intéressée, particulièrement quand celle-ci semble souffrir de démence sénile et se trouve sous tutelle⁵⁷⁵. La voie choisie par la Cour surprend d'autant plus que le Gouvernement ne contestait pas l'application de l'art. 5 CEDH. Il convient d'y voir un exemple d'application du caractère autonome de la notion de privation de liberté, dont l'interprétation doit être indépendante de celle du droit interne et de permettre à la Cour de moduler sa jurisprudence en fonction de son sentiment de la justice.

⁵⁷² Ibid., opinion concordante du Juge JÖRUNDSSON, §§ 1 et 2 et la pertinente référence à l'affaire *Ashingdane c. Royaume Uni*, où la Cour avait indiqué qu'une personne placée dans l'aile ouverte d'un hôpital était néanmoins privée de liberté au sens de l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH, quand bien même elle pouvait sortir toute seule pendant la journée et les fins de semaine.

⁵⁷³ A cet égard, l'opinion dissidente du Juge LOUCAIDES. Voir également, CLEMENT, pp. 5-12.

⁵⁷⁴ CourEDH, affaire *Nielsen c. Danemark*, arrêt du 28 novembre 1988, § 70; ainsi que infra, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 2.

⁵⁷⁵ CourEDH, affaire *H. M. c. Suisse*, arrêt du 26 février 2002, §§ 20-24. Au début de son placement, à savoir le 17 septembre 1996, le consentement de la requérante n'était pas clair puisqu'elle tenait des propos contradictoires. Il résulte de l'état de fait que son consentement définitif à rester dans le foyer avait été donné le 14 janvier 1998, soit presque une année et demie plus tard, *ibid.*, § 27.

Dans l'affaire H. L. c. Royaume-Uni⁵⁷⁶, la Cour a encore considéré que la mainmise complète et effective des autorités médicales sur les soins et les déplacements d'une personne, incapable de discernement, l'emportait sur le consentement apparent de celle-ci à une hospitalisation ordonnée manifestement dans son intérêt⁵⁷⁷.

La courte durée de la contrainte n'exclut pas *a priori* l'application de l'art. 5 CEDH. Cela nonobstant, l'administration de soins psychiatriques ambulatoires sera difficilement considérée comme une privation de liberté.

Par le passé, la Commission avait dit que conduire quelqu'un de force devant un médecin pour subir un examen du sang constituait une privation de liberté de brève durée⁵⁷⁸. Dans une affaire genevoise plus récente, l'affaire Léon Guenat c. Suisse⁵⁷⁹ relative à une garde à vue psychiatrique, la même Commission semblait toutefois adopter une interprétation plus restrictive. Le requérant, qui souffrait d'une affection du système nerveux caractérisée notamment par des troubles sensitifs et moteurs, s'exprimant entre autres par des dérèglements de la démarche comparable à ceux d'un individu atteint d'ébriété, avait été interpellé par la police en raison «de son comportement particulier» et avait été gardé au poste pendant près de trois heures, soit le temps nécessaire à l'arrivée du médecin pour déterminer son état de santé. Une fois sur place, le médecin avait ordonné l'internement. Durant cette attente, le requérant avait pu déambuler dans les locaux et, pour se détendre, il chantait par intermittence «on n'a pas toujours vingt ans». De par l'évidente absence de caractère répressif de l'intervention des gendarmes, de par la liberté de mouvement dont ce dernier avait joui, mais, surtout, de par le fait qu'il n'avait jamais demandé à quitter le poste de police, la Commission avait conclu qu'il n'y avait pas eu de privation de liberté, d'où l'irrecevabilité de la requête⁵⁸⁰. Au vu des circonstances du cas d'espèce, cette décision est, encore une fois, empreinte du bon sens, mais elle n'est pas à l'abri de critiques, ce d'autant que le critère déterminant semble avoir été également le caractère «volontaire» du bref séjour en question, le requérant n'ayant jamais exigé de sortir.

⁵⁷⁶ CourEDH, affaire H. L. c. Royaume-Uni, arrêt du 5 octobre 2004.

⁵⁷⁷ Ibid., § 91-94.

⁵⁷⁸ CommEDH, req. 8278/78, X c. Autriche, DR 18, p. 158 ainsi que req. 10179/82, B. c. France, DR 52, p. 111, où la Commission avait conclu que la mise en observation à l'infirmerie de la police, afin d'être soumis à un examen psychiatrique pendant vingt-quatre heures, peut être considérée comme une détention au sens de l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH. Cependant et toujours selon la Commission, la situation d'une personne mise en liberté provisoire, assortie de l'ordre de prendre des médicaments et de se présenter chaque quinzaine au contrôle médical de l'hôpital ne constituait pas une privation de liberté, CommEDH, req. 12778/78, W. c. Suède, DR 59, p. 163. Il en va de même en cas de mise en liberté provisoire d'une patiente hospitalisée de force, assortie d'une obligation de subir un certain traitement médical, CommEDH, req. 10801/84, L. c. Suède, DR 61, pp. 86-87.

⁵⁷⁹ CommEDH, req. 24722/94, Léon Guenat c. Suisse, DR 81A, p. 134.

⁵⁸⁰ Ibid.

Dans l'affaire *Litwa Witold c. Pologne*⁵⁸¹, la Cour a conclu que la détention d'un alcoolique sous l'emprise de l'alcool pendant six heures dans un centre de désintoxication en raison de son comportement offensant constituait une privation de liberté au sens de l'art. 5 CEDH⁵⁸². Cette privation était irrégulière puisque l'intéressé ne présentait aucune menace pour l'ordre public – il était pratiquement aveugle – ni pour lui-même et les autorités n'avaient pas envisagé d'autres mesures moins contraignantes⁵⁸³.

Dans l'affaire *R. L. et M.-J. D. c. France*⁵⁸⁴, confrontée à une garde à vue psychiatrique injustifiée de six heures sans administration de médicaments, la Cour a conclu à une violation de l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH sans douter un seul instant de l'existence d'une privation de liberté⁵⁸⁵.

Au vu de ce qui précède, un séjour de brève durée avec l'obligation d'un traitement psychiatrique ponctuel et régulier, administré dans un lieu déterminé et avec un placement forcé comme éventuelle conséquence en cas de non-obtempération, pourrait être considéré comme une privation de liberté⁵⁸⁶. Cela étant, et surtout en l'absence d'un danger grave, l'administration de soins de manière contraignante et régulière, en milieu hospitalier ou extra-hospitalier, constituera plus probablement une restriction à la liberté de circuler qui ne peut être imposée que conformément aux conditions de l'al. 3 de l'art. 2 du Protocole N° 4 CEDH, notamment dans un but de protection de la santé ou éventuellement de prévention des infractions pénales.

Pour achever d'illustrer nos propos, l'affaire *Riera Blume et autres c. Espagne*⁵⁸⁷ est particulièrement adéquate. Elle concernait la privation de liberté de six membres présumés d'une secte pendant près de dix jours ordonnée par un juge d'instruction. Les faits étaient les suivants. Dans le cadre d'une information pénale ouverte à l'encontre d'une secte qui poussait ses membres à rompre tout lien avec leur famille, leurs amis et les incitait à la prostitution ainsi qu'à d'autres activités pour recueillir de l'argent, des perquisitions avaient été exécutées, notamment au domicile des six membres

⁵⁸¹ CourEDH, affaire *Litwa Witold c. Pologne*, arrêt du 4 avril 2000, § 46.

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ *Ibid.*, §§ 60-64 et 72-80.

⁵⁸⁴ CourEDH, affaire *R. L. et M.-J. D. c. France*, arrêt du 19 mai 2004.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, §§ 119-129.

⁵⁸⁶ Selon la jurisprudence bien établie du TF, le fait pour un délinquant malade mental d'être soumis à un traitement ambulatoire en application de l'art. 43 ch. 1 CPS ne constitue pas une mesure privative de liberté et ce malgré le caractère contraignant et judiciaire dudit traitement; ATF 122 IV 8 consid. 2a. Il n'en va pas de même si l'intéressé est interné pour une durée allant jusqu'à un maximum de six semaines afin de se soumettre à un examen psychiatrique en vue de déterminer sa santé mentale, ATF du 19 octobre 1992 [5C.155/1992] en la cause *B. J. c. canton Berne*.

⁵⁸⁷ CourEDH, affaire *Riera Blume et autres c. Espagne*, arrêt du 14 octobre 1999, §§ 13-15.

précités. Ceux-ci avaient été arrêtés et conduits avec d'autres au siège du Tribunal d'instruction. Après avoir constaté qu'il existait un risque «de réactions imprévisibles» de leur part, «pouvant aller jusqu'au suicide s'ils étaient remis en liberté», le magistrat de garde avait ordonné à la police de les remettre à leurs proches, en leur suggérant de les faire interner sur une base volontaire pour retrouver leur équilibre psychique. Ainsi, les requérants avaient été conduits par la police dans des voitures officielles à un hôtel situé à une trentaine de kilomètres du centre ville. Une fois arrivés, ils avaient été remis à leurs familles respectives et amenés dans des chambres individuelles sous la surveillance des personnes engagées à cet effet, dont une restait en permanence devant chaque chambre. Les fenêtres avaient été fermées hermétiquement avec des planches en bois et les vitres retirées. Durant leur séjour, les requérants auraient été soumis à un processus de «déprogrammation» par un psychologue et un psychiatre. Après avoir été interrogés en présence d'un avocat qu'ils n'avaient pas désigné eux-mêmes, ils avaient pu quitter l'hôtel après neuf jours d'enfermement⁵⁸⁸. Les tribunaux internes avaient rejeté les plaintes des requérants pour détention illégale, essentiellement au motif que les autorités avaient agi dans un but «très louable et plausible» et que l'isolement, au surplus de courte durée, était une étape nécessaire pour le traitement de «déprogrammation». Sans surprise, la Cour n'a pas hésité à admettre la privation de liberté, en particulier au vu des restrictions subies⁵⁸⁹, pour ensuite conclure à la violation de l'art. 5 al. 1 CEDH, au motif que les policiers n'avaient pas respecté l'ordonnance du juge selon laquelle l'assistance psychiatrique devait être administrée sur une base volontaire et que le risque de suicide, même en le supposant réel, ne justifiait pas une contrainte aussi importante⁵⁹⁰. La Cour a relevé que, sans la coopération des policiers, les familles n'auraient pas pu agir. Elle a reproché tout particulièrement aux autorités espagnoles leur passivité; celles-ci n'avaient rien fait pour mettre un terme à la séquestration des requérants par leurs familles quand bien même, en tout cas en apparence, cette séquestration avait été ordonnée pour leur bien⁵⁹¹.

En résumé, depuis la naissance des services psychiatriques ouverts, on assiste à un élargissement progressif du champ d'application des garanties de l'art. 5 CEDH. Un jour, lesdites garanties pourraient s'appliquer à une privation de liberté de courte durée sous forme de régime ambulatoire permissif. De plus, une action privée, qui débouche sur une privation de liberté contraire à l'art. 5 CEDH, n'est plus tolérée par la Cour. Les

⁵⁸⁸ Ibid.

⁵⁸⁹ Ibid, § 30.

⁵⁹⁰ Ibid, §§ 33-34.

⁵⁹¹ Ibid, §§ 33 *in fine*.

autorités nationales doivent s'abstenir d'encourager des particuliers à commettre des actes qu'elles-mêmes ont l'interdiction d'accomplir⁵⁹². Il n'est dès lors pas exclu que, dans un futur pas trop lointain, cette disposition pourra s'appliquer à l'hospitalisation sur demande de l'entourage proche du malade mental.

L'art. 5 al. 1 let. e) CEDH autorise la détention de certains marginaux et inadaptés sociaux en raison du danger qu'ils représentent pour eux-mêmes et pour la société. Quand bien même une mesure d'hospitalisation forcée à l'encontre d'une personne atteinte du virus VIH pourrait dans un futur proche être discutée à Strasbourg, c'est surtout la détention des «aliénés» qui a fourni, et continue à fournir, matière à discussion.

En principe, l'admission forcée dans un hôpital public, y compris dans un service psychiatrique ouvert, à l'issue d'une procédure pénale ou administrative régie par une législation nationale sur la santé mentale ou pénale constitue le cas classique visé par l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH. Néanmoins, si l'hospitalisation a lieu à la demande d'un particulier – entourage familial ou représentant légal – dans un hôpital public, et que le patient n'est pas un enfant de moins de douze ans, l'art. 5 CEDH pourrait être applicable. Si le placement est effectué à la demande de particuliers dans un établissement privé, la responsabilité de l'Etat pourrait être engagée. Le désaccord du patient interné reste la conditio sine qua non, car, aussi longtemps que le patient consent à son hospitalisation, la protection de l'art. 5 CEDH n'a pas de raison d'être. Au demeurant, suite au mouvement de «désinstitutionnalisation», de nouvelles méthodes de traitement des malades mentaux ont été adoptées. Il est peu vraisemblable que les mesures en découlant puissent être assimilées à des privations de liberté. La Cour n'a expressément qualifié comme telles que les placements forcés, y compris ceux de brève durée.

N'oublions pas que la garantie des droits et libertés contenue dans la Convention évolue à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques. Une telle interprétation a permis d'effectuer des progrès considérables depuis la première application de la let. e) de l'art. 5 CEDH à un individu souffrant de troubles mentaux. Par ailleurs, l'hospitalisation forcée mise à part, les autres formes de soins n'échappent pas à tout contrôle de la Convention. En effet, non seulement l'art. 2 du Protocole N° 4 CEDH, qui consacre la liberté de circuler, mais également l'art. 8 CEDH qui garantit le droit au respect de la vie privée, et l'art. 3 CEDH, dont découle le droit de ne pas subir un traitement médical injustifié ou déraisonnable,

⁵⁹² Ibid.

peuvent s'appliquer. N'oublions pas, enfin, la «soft law» reproduite dans les textes internationaux qui inspire les législateurs nationaux lors de l'adoption de solutions à l'écoute des besoins actuels du malade mental.

C. Les conditions de privation de liberté

Qualifiée de détention, d'internement, d'hospitalisation ou de placement, la privation de liberté d'un aliéné au sens l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH est une notion autonome. En dépit de sa nature évolutive, l'admission forcée à l'issue d'une procédure pénale ou administrative dans un hôpital psychiatrique public demeure le cas classique d'application.

Un malade mental placé voit son droit le plus fondamental, à savoir celui à la liberté personnelle, restreint⁵⁹³. C'est de ce droit ou, plus précisément, du droit de ne pas être soumis à une hospitalisation arbitraire dont traite la let. e) de l'art. 5 CEDH. Pour déterminer quand l'internement d'un malade mental est arbitraire, la Convention pose des conditions qui ont été interprétées et précisées par la Cour notamment. Il s'agit de conditions minimales, qui font partie intégrante de la protection conférée par l'art. 5 CEDH (b). Elles s'appliquent sans égard au fait que le malade soit un délinquant interné suite à un jugement d'acquittement total ou partiel au pénal ou, alors, un malade hospitalisé suite à une décision administrative en raison de son état d'aliénation. Parfois, des circonstances spéciales pourront moduler l'application de ces conditions (c). La *conditio sine qua non* demeure toutefois celle d'être en présence d'un aliéné (a).

a) L'«aliéné» de la let. e) de l'art. 5 CEDH

La let. e) de l'art. 5 CEDH contient le terme d'«aliéné». Ce terme vise indistinctement le malade mental non délinquant hospitalisé dans le cadre d'une procédure administrative et le malade criminel interné suite à une procédure pénale⁵⁹⁴.

Aujourd'hui ce terme est dépassé du fait de son acception péjorative. L'expression «malade mental» ou «malade psychique» le remplace progressivement⁵⁹⁵. La Convention contient encore le terme «aliéné», car elle n'a jamais été révisée depuis son adoption datant de 1950. On doit cependant se réjouir que les rédacteurs de la Convention n'aient pas choisi des formules encore plus péjoratives comme celles contenues dans la première jurisprudence, qui

⁵⁹³ Pour en savoir plus sur l'interprétation de la notion de privation de liberté, supra, II^e Partie, section A, sous-section a) et section B, sous-section b), par. 4, ii).

⁵⁹⁴ S'agissant des significations des termes «aliéné» et «dément» ainsi que de leur valeur juridique, supra, I^e Partie, section D), sous-section b), par. 1) et les références citées.

⁵⁹⁵ Supra, I^e Partie, section D), sous-section b), par. 2 et les références citées.

faisaient notamment référence à «lunatique»⁵⁹⁶, «mentalement insuffisant»⁵⁹⁷, «anormal»⁵⁹⁸ ou «personne atteinte d'un dérèglement morbide de ses facultés mentales»⁵⁹⁹. Désormais, la Cour parle le plus souvent de «personne atteinte de trouble mental»⁶⁰⁰.

La notion d'aliéné n'est définie nulle part pour deux raisons. La première est due à la variété des termes et acceptions que les différentes législations et pratiques juridiques nationales confèrent à la notion de malade mental⁶⁰¹. La seconde s'explique par la nature essentiellement évolutive de cette notion⁶⁰². La marge d'appréciation laissée aux Etats n'est cependant pas totale.

Contrairement aux apparences, il existe bel et bien une notion autonome d'aliéné (1), dont les critères ressortent de la jurisprudence de Strasbourg (2).

1) Notion autonome ou notion absente?

Quand bien même les organes conventionnels se refusent à donner une interprétation définitive du terme «aliéné» – ou «*person of unsound mind*» dans la version anglaise –, ils contrôlent son application par les autorités nationales. Il est vrai qu'en principe, un individu qualifié de malade mental aux yeux du droit national et détenu comme tel, sera également qualifié de malade mental selon la Convention⁶⁰³. Cependant, la qualification interne ne doit pas être arbitraire et doit être interprétée restrictivement sur la base de son sens usuel et courant⁶⁰⁴.

A ce jour, la Cour n'a constaté aucune application nationale abusive du terme «aliéné»⁶⁰⁵. La Commission avait clairement relevé que «le sens usuel

⁵⁹⁶ CommEDH, req. 2219/64, affaire X c. République fédérale d'Allemagne, Coll. Déc. 16, p. 53.

⁵⁹⁷ Le terme exact utilisé étant «*mental defects*», CommEDH, req. 2518/65, affaire X c. Danemark, Annuaire 1965, p. 370.

⁵⁹⁸ CommEDH, req. 5348/72, affaire X c. Belgique, Coll. Déc. 46, p. 62.

⁵⁹⁹ CommEDH, req. 6852/74, X c. Pays-Bas, DR 15, p. 5.

⁶⁰⁰ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 40.

⁶⁰¹ Supra, I^e Partie, section D, sous-section b) par. 2, et sous-section c).

⁶⁰² Supra, I^e Partie, section D, sous-section c), par. 1. D'ailleurs, dans son rapport à l'occasion de l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas, la Commission soulignait plus que la Cour l'impossibilité de définir la notion de malade mental en raison de sa nature évolutive, en concluant qu'il serait vain et téméraire d'en [de la notion d'aliéné] donner une interprétation générale ou définitive», CommEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, avis du 15 décembre 1977, § 73.

⁶⁰³ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 38.

⁶⁰⁴ CommEDH affaire E c. Norvège (N° 2), avis du 18 octobre 1995, § 93; CommEDH, affaire Guzzardi c. Italie, avis du 7 décembre 1978, § 104 ainsi que CourEDH, affaire Guzzardi c. Italie, arrêt du 6 novembre 1980, § 98.

⁶⁰⁵ Voir cependant, CommEDH, affaire E c. Norvège (N° 2), avis du 18 octobre 1995, où la Commission avait constaté que la maladie mentale dont souffrait le requérant n'atteignait pas la

du terme d'aliéné n'est guère précis»⁶⁰⁶. Cela ne signifie pas pour autant que face à une application abusive de ce terme, la Cour ne sache pas la reconnaître et la sanctionner⁶⁰⁷.

En d'autres termes, loin d'être une notion absente, la notion d'aliéné est une notion autonome⁶⁰⁸, qui se définit surtout par rapport à ce qu'elle n'est pas par l'application des critères dégagés par la jurisprudence⁶⁰⁹.

gravité requise pour justifier son internement. Voir également CommEDH, req. 17821/91, *James Kay c. Royaume-Uni*, § 52, où toujours la Commission avait relevé qu'il n'y avait eu aucune expertise médicale objective démontrant que le requérant souffrait d'un trouble mental réel. A la vérité, lors des décisions précitées, la Commission n'avait pas sanctionné une utilisation abusive proprement dite de la notion d'aliéné, mais seulement une interprétation trop large de la notion de dangerosité. La Cour a encore sanctionné les autorités internes qui avaient mis à la charge du malade la preuve de l'absence de dangerosité du fait de sa maladie mentale, CourEDH, affaire *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, arrêt du 20 février 2003, §§ 68-73.

⁶⁰⁶ CommEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, avis du 15 décembre 1977, § 73.

⁶⁰⁷ Au même titre, il existe, sans qu'elle soit définie, une notion autonome de «vagabond». La Cour n'a pas hésité à considérer que l'acception de «vagabond au sens large du terme» ou «de vagabond riche» (*vagabondo nel senso largo dell'espressione o vagabondo ricco*) utilisée par le Gouvernement italien pour justifier la détention de Guzzardi n'était conforme «en aucune manière avec l'acception normale du mot vagabond à utiliser dans le contexte de la Convention», CourEDH, affaire *Guzzardi c. Italie*, arrêt du 6 novembre 1980, § 98. L'interprétation fournie par l'ordre juridique interne du terme «vagabond» n'a pas été acceptée non plus, du moins au stade de la décision de recevabilité, dans une affaire suisse ayant abouti à un règlement amiable. Le requérant avait été interné dans un établissement d'éducation par décision de l'autorité tutélaire à cause de son inconduite qui menaçait la sécurité d'autrui. Il s'agissait, en effet, d'un délinquant récidiviste. Le Gouvernement estimait qu'il pouvait être considéré comme un vagabond au sens de l'art. 5 CEDH, compte tenu de son comportement et de la vie instable qu'il avait menée pendant de nombreuses années. Le conseil du requérant contestait cette qualification en particulier en raison de l'existence d'un domicile fixe, puisqu'il résidait chez sa mère, ainsi que d'une activité salariale. Il s'agissait en réalité d'une application hâtive des anciens art. 421 et 460 CCS, permettant au tuteur, avec le consentement des autorités tutélares, de placer l'interdit dans un établissement. L'affaire s'est conclue par un règlement amiable, le Gouvernement suisse ayant fait état de l'abrogation des articles susmentionnés et de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation sur la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a-397f CCS), CommEDH, req. 7397/76, *Peyer c. Suisse*, décision sur la recevabilité du 13 décembre 1977, DR 11, p. 58 et règlement amiable du 8 mars 1979, DR 15, p. 105. Dans l'affaire de *Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, en revanche, la Cour a accepté la définition de vagabond donnée par la législation belge, CourEDH, affaire de *Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, §§ 68-70.

⁶⁰⁸ Par notion autonome il faut entendre toute notion soumise à une interprétation qui, en se référant à un fond commun de principes, théories et qualifications juridiques, confère une acception «strasbourgeoise», et donc indépendante, de l'ordre juridique interne, aux termes et aux droits contenus dans la Convention. L'acception «strasbourgeoise» a pour but l'application effective des garanties consacrées dans la Convention. OST indique clairement que les organes de Strasbourg «ne peuvent assurément ni proposer une interprétation totalement autonome, de peur de perdre le contact avec les réalités juridiques, ni s'aligner purement et simplement sur un consensus international qui, non content d'être introuvable ou à tout le moins jamais suffisamment établi, pourrait bien s'avérer en deçà du standard européen de protection souhaitable, sinon idéal, des droits fondamentaux», OST (I), pp. 422-424.

⁶⁰⁹ BECHLIVANOU, pp. 1610-1611 ainsi que CommEDH, E c. *Norvège (N° 2)*, avis du 18 octobre 1995, § 87, où la Commission avait rappelé que les autorités nationales doivent interpréter la notion d'«aliéné» conformément aux exigences conventionnelles.

2) La casuistique «strasbourgeoise»

La jurisprudence de Strasbourg relative à l'application de la notion d'«aliéné» précise surtout ce que cette dernière ne couvre pas. Un tel résultat découle non seulement de la difficulté de définir positivement et juridiquement une notion éminemment psychiatrique⁶¹⁰, mais également de la vaste marge d'appréciation laissée aux Etats dans un domaine aussi changeant que celui de la maladie mentale.

Depuis la toute première affaire, les organes conventionnels soulignent l'importance d'une qualification contemporaine. Pour ce faire, ils se réfèrent aux conceptions prévalant dans les Etats démocratiques qui, elles aussi, évoluent.

La Cour a consacré le principe, désormais indiscuté⁶¹¹, selon lequel «on ne saurait évidemment considérer que l'alinéa e) de l'article 5 § 1 autorise à détenir quelqu'un du seul fait que ses idées ou son comportement s'écartent des normes prédominantes dans une société donnée. L'opinion contraire ne se concilierait pas avec le texte de l'article 5 § 1 [...] Elle ne cadrerait pas [...] avec le but et l'objet de cette disposition: assurer que nul ne soit arbitrairement dépouillé de sa liberté. Elle méconnaîtrait [...] l'importance du droit à la liberté dans une société démocratique»⁶¹². La Commission avait été encore plus explicite, en affirmant que «la Convention ne saurait couvrir la privation de liberté de toute personne dont le comportement public ou privé s'écarterait des normes, idées dominantes, voire des modes, en laissant aux Etats le pouvoir de classer sous le vocable d'aliéné tout citoyen considéré comme *asocial* ou *marginal*»⁶¹³. Les critères permettant de déterminer ce qui ne doit pas être qualifié d'«asocial» ou de «marginal», et donc d'aliéné, ont toutefois évolué.

En 1972, la Commission avait accepté, par exemple, que la volonté de faire prévaloir ses propres standards moraux sur ceux de la société constitue le symptôme d'un esprit sérieusement dérangé⁶¹⁴. Si aujourd'hui le fait d'être un homosexuel, et donc de s'écarter des normes morales prédominantes dans une société, n'est plus un symptôme de maladie mentale, la Commission dans sa première jurisprudence n'avait pas hésité à conclure que l'homo-

⁶¹⁰ Supra, I^e Partie, section D, sous-section d).

⁶¹¹ Supra, I^e Partie, section D, sous-section d), par. 1.

⁶¹² CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 37.

⁶¹³ CommEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, avis du 15 décembre 1977, § 74.

⁶¹⁴ CommEDH, req. 4962/71, X c. Pays-Bas, Coll. Déc. 40, p. 46. Dans cette affaire le directeur de la clinique psychiatrique avait soumis un rapport psychiatrique décrivant le requérant comme «a seriously deranged person who insisted that his own moral standards should prevail over those of society».

sexualité pouvait être un acte pénalement punissable⁶¹⁵, que la soumission forcée d'une personne à un examen psychiatrique pour déterminer si ses tendances homosexuelles pouvaient bien être assimilables à un trouble mental⁶¹⁶ ainsi que le placement dans un asile psychiatrique d'un homosexuel étaient conformes à la Convention⁶¹⁷.

L'application du critère de la dangerosité a aussi évolué. Par le passé, le seul fait de constituer un danger, surtout pour l'ordre public⁶¹⁸, était considéré comme suffisant. Il était souvent même fait abstraction de la présence d'un trouble mental établi. La notion d'aliéné devait être interprétée dans un sens plus large et visait également les personnes qui présentaient des anomalies de caractère ne constituant pas une maladie mentale⁶¹⁹. Cette interprétation était nécessaire dans un but de protection du public contre ces personnes qui, au dire des experts psychiatres et des tribunaux, présentaient une tendance à commettre – et en fait ne cessaient de commettre – des actes à caractère agressif⁶²⁰.

Actuellement, la dangerosité d'un malade mental, pour autrui mais avant tout pour lui même, si elle demeure le critère prépondérant, n'est plus à elle seule suffisante. Il est notamment exigé que l'aliénation soit établie

⁶¹⁵ CommEDH, req. 704/60, X c. République Fédérale d'Allemagne, Coll. Déc. 3, p. 1. D'après la Commission «the Convention permits a High Contracting Party in its legislation to make homosexuality a punishable offence».

⁶¹⁶ CommEDH, req. 986/61, X c. République Fédérale d'Allemagne, Annuaire 1962, p. 193.

⁶¹⁷ CommEDH, req. 2219/64, X c. République Fédérale d'Allemagne, Coll. Déc. 16, p. 53. A l'époque de ces décisions (1960/1965), l'homosexualité était encore considérée par la majorité des ordres juridiques internes comme un symptôme d'aliénation. Le vaste mouvement de réforme de la psychiatrie venait à peine de commencer. De plus, le contrôle instauré par la Convention était encore à ses débuts et avait pour souci principal de ne pas froisser la susceptibilité des quelques Etats signataires. Désormais, on doit considérer ces décisions comme des accidents de parcours difficilement renouvelables.

⁶¹⁸ Pour une présentation de la notion de dangerosité, supra, I^e Partie, section D, sous-section d), par. 2.

⁶¹⁹ CommEDH, req. 7493/76, X c. République Fédérale d'Allemagne, DR 6, p. 182.

⁶²⁰ Ibid, p. 183. Dans le même sens, CommEDH, req. 5340/72, X c. Belgique, Coll. Déc. 42, p. 62; ainsi que CommEDH, req. 5607/72, (non publiée); CommEDH, req. 7629/76, Krzycki c. République Fédérale d'Allemagne, DR 13, p. 57 surtout p. 65; CommEDH, req. 9907/82, M. c. Royaume-Uni, DR. 35, p. 130, surtout p. 141 et CommEDH, req. 2279/64, X c. République Fédérale d'Allemagne, Coll. Déc. 23, p. 114. Une décision de 1980 non publiée mérite également d'être citée dans ce contexte: elle avait trait à l'interprétation de la notion d'aliéné par les autorités belges. La Commission avait conclu que la définition fournie était raisonnable même si elle définissait la personne aliénée «in a demented state or in such a serious condition of mental unbalance or mental deficiency as to be incapable of controlling one's actions», CommEDH, req. 8748/79, X c. Belgique. En 1984 encore, la Commission avait déclaré mal fondée une requête au motif que la détention était justifiée par le fait que le requérant «avait une tendance pathologique à l'agressivité, qui le rendait dangereux pour le public et pour lui-même», quand bien même «les experts consultés nièrent l'existence d'un véritable désordre mental fondé sur une maladie nerveuse physique ou sur une psychose», CommEDH, req. 10272/82, M. c. République Fédérale d'Allemagne, DR 38, p. 120.

par une expertise médicale objective. Nous développerons plus loin, lors de l'analyse de la régularité de la privation de liberté, la réelle portée de cette exigence⁶²¹.

En conclusion, trois éléments essentiels se dégagent de l'interprétation de la notion d'aliéné au sens de la Convention. Tout d'abord, cette notion doit être actuelle. Ensuite, elle ne doit jamais se référer aux idées ou à des comportements qui s'écartent des normes prédominantes dans une société donnée. Enfin, la notion d'aliéné doit appliquer de manière raisonnable le critère de la dangerosité.

S'il existe une notion autonome d'aliéné, son interprétation n'occupe plus la Cour comme dans les années qui ont suivi le mouvement des antipsychiatries. Cette notion est en effet absente de la casuistique conventionnelle récente. Aujourd'hui l'intérêt se concentre sur les droits des patients hospitalisés. Du moment où le droit interne se base à la fois sur le constat d'un besoin thérapeutique et sur celui d'une protection du malade, il se fonde sur une acception qui ne paraît nullement inconciliable avec une interprétation raisonnable du terme d' «aliéné» au sens de la Convention⁶²². La notion conventionnelle d'aliéné est ainsi dépendante en particulier du respect des conditions de légalité et de régularité de la détention.

b) Légalité et régularité: les dénominateurs communs minimaux

La décision de privation de liberté doit respecter le droit interne, lequel à son tour doit être régulier, c'est-à-dire conforme à la Convention. Légalité ou respect des voies légales internes (1) et régularité (2) ne sont pas l'apanage exclusif de la Convention. Codifiées par tous les grands textes internationaux sans exception⁶²³, elles forment un tout dont le but consiste à garantir le caractère

⁶²¹ Infra, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 2, i).

⁶²² CommEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, avis du 15 décembre 1977, § 75.

⁶²³ L'art. 9 al. 1 du Pacte II exige qu'une privation de liberté soit ordonnée exclusivement pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi. La détention litigieuse doit, certes, respecter la loi, mais cela n'est pas encore suffisant, la loi devra à son tour ne pas être arbitraire. Dans ce contexte la notion d'arbitraire prend toutefois une acception qui dépasse celle connue des systèmes juridiques internes de violation flagrante du droit. Interprétée de manière extensive, cette notion est proche, sans toutefois qu'il y ait assimilation, de la notion de légalité de la Convention, qui exige non seulement que les voies légales aient été respectées mais qu'elles-mêmes soient «équitables et adéquates», MURDOCH (2), p. 18. NOWAK rappelle à cet égard que «cases of deprivation of liberty provided for by law must not be manifestly unproportional, unjust or unpredictable, and the specific manner in which an arrest is made must not be discriminatory and must be able to be deemed appropriate and proportional in view of the circumstances of the case», NOWAK, pp. 172-173. Par ailleurs, la création au sein des Nations Unies d'un Groupe de travail sur la détention arbitraire, dont le but est de statuer

non arbitraire d'une détention⁶²⁴. Dans le cas des malades mentaux, l'exigence de régularité a acquis une signification bien précise; quatre conditions conventionnelles essentielles s'imposent aux voies légales internes. L'examen séparé de la régularité et de la légalité s'explique par un souci de clarté.

1) Le respect des voies légales internes

D'ordinaire, il n'appartient pas aux organes de la Convention⁶²⁵ de vérifier le respect du droit interne par les autorités nationales. Il en va autrement lorsque la Convention renvoie directement à ce droit, comme en présence des expressions telles que «selon les voies légales» de l'al. 1^{er} de l'art. 5 CEDH⁶²⁶. Dans ces cas, le droit interne devient en quelque sorte «droit de la Convention», et les organes d'application sont compétents pour en vérifier le respect par les autorités nationales⁶²⁷. La législation nationale détermine, ainsi et dans un premier temps, la portée de la garantie contenue à l'art. 5 CEDH. La méconnaissance de la législation nationale entraîne alors celle de la Convention⁶²⁸.

sur toute détention en violation des règles internationales en la matière, y compris celles relatives aux malades mentaux, constitue la preuve que les milieux universels ont à cœur cette problématique. A cet égard, NATION UNIES, HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, Fiche d'information N° 26, Le Groupe de travail sur la détention arbitraire, http://www.unhchr.ch/french/html/menu6/2/fs26_fr.htm ainsi que Doc. ONU, E/CN.4/1997/4 du 17 décembre 1996 et Doc. ONU, E/CN.4/1997/4/add. 1, du 29 octobre 1996. La formulation de l'art. 7 al. 1 CADH, aux termes duquel les conditions d'une privation de liberté doivent être déterminées à l'avance par les constitutions des Etats Parties ou par les lois promulguées conformément à celles-ci, est également intéressante. Dans le renvoi aux constitutions des Etats parties, nous sommes tentés de voir la recherche d'une notion «régionale» d'arbitraire.

⁶²⁴ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 37 ainsi que DOURAKI (1), p. 215.

⁶²⁵ Dans sa première jurisprudence, la Commission se déclarait incompétente pour examiner si le droit avait été correctement interprété et appliqué par les autorités nationales. Sa tâche se limitait à s'assurer que l'internement n'avait pas constitué un acte arbitraire. Autant dire qu'elle ne procédait à aucun contrôle du respect des voies légales internes. Seule une violation aussi flagrante qu'in vraisemblable, comme un internement sans aucune base légale, aurait pu être sanctionnée, CommEDH, req. 3151/67, X c. République Fédérale d'Allemagne, Coll. Déc. 27, p. 128, surtout p. 133; CommEDH, req. 3863/68, X c. République Fédérale d'Allemagne, Coll. Déc. 32, p. 41, surtout p. 43; CommEDH, req. 4962/71, X c. Pays-Bas, Coll. Déc. 40, p. 42, surtout p. 44; également DOURAKI (1), pp. 216-217, qui contient une liste de treize décisions de la Commission datant des années 1960/1970 et confirmant cette jurisprudence.

⁶²⁶ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, §§ 45-46.

⁶²⁷ DOURAKI (1), p. 230, ainsi que GANSHOF VAN DER MEERSCH, pp. 317-335; MACOVEI, pp. 8-15; DE MEYER, p. 191 et MATSCHER (4), pp. 579-592.

⁶²⁸ CourEDH, affaire Schenkel c. Pays-Bas, arrêt du 27 octobre 2005, §§ 18 et 32; CourEDH, affaire Nakach c. Pays-Bas, arrêt du 30 juin 2005, § 34; CourEDH, affaire Storck c. Allemagne, arrêt du 15 mai 2005, §§ 100-107; CourEDH, affaire Tám c. Slovaquie, arrêt du 10 novembre 2004, § 57; CourEDH, affaire R. L. et M.-J. D. c. France, arrêt du 19 mai 2004, § 85; CourEDH, affaire Laumont c. France, arrêt du 8 novembre 2001, § 44; CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 46; CourEDH, affaire Kenmache c. France, arrêt du 24 novembre 1994, § 37 ainsi que ATF du 2 juillet 2001 [5C.157/2001] en la cause K. c. canton Lucerne, consid. 1b.

Il n'en demeure que certains critères s'imposent quant à la qualité du droit interne (i), en particulier en ce qui concerne le choix de l'autorité nationale qui doit décider du placement forcé (ii). Le contrôle conventionnel reste néanmoins restreint (iii).

i) La «qualité» du droit national

Le droit interne doit posséder un certain niveau de «qualité» qui rejoint, sans s'y confondre, l'exigence de régularité. Il doit être conforme à la Convention et notamment «aux principes généraux énoncés ou impliqués par elle tel le principe de procédure équitable et adéquate»⁶²⁹. Il doit également être assez précis pour permettre au citoyen, «en s'entourant au besoin de conseils éclairés», de prévoir, à un degré raisonnable au vu des circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé⁶³⁰. La même exigence vaut pour le droit non écrit, notamment pour les théories, comme celle de la nécessité, qui dérivent de la *Common Law*⁶³¹.

A cet égard, les dix Principes fondamentaux de l'OMS rappellent l'impératif du respect de la primauté du droit. En d'autres termes, cela signifie que toute décision doit être prise conformément au «droit positif de la juridiction visée» et non sur une autre base ou en fonction d'éléments arbitraires. Par droit positif, il faut comprendre le droit en vigueur à un moment donné, contenu dans divers types d'instruments juridiques – jurisprudence y comprise –, ces instruments devant être publics, accessibles et rédigés en termes compréhensibles⁶³². Ce qui précède constitue une petite amélioration par rapport aux Principes des Nations Unies, qui sur ce sujet se limitent à renvoyer à la législation nationale et aux autorités compétentes conformément à celle-ci⁶³³.

Au sein de l'enceinte strasbourgeoise, le message semble être plus précis, puisque la mesure privative de liberté «doit émaner de l'autorité compétente, être exécutée par l'autorité qualifiée et ne pas être arbitraire»⁶³⁴. En d'autres termes, la procédure de placement non volontaire doit offrir des garanties d'indépendance et d'impartialité⁶³⁵.

⁶²⁹ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 45.

⁶³⁰ CourEDH, affaire M. c. Suisse, arrêt du 28 octobre 2003, §§ 38-40; CourEDH, affaire Laumont c. France, arrêt du 8 novembre 2001, § 45 et CourEDH, affaire Steel et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 28 septembre 1998, § 54.

⁶³¹ CourEDH, affaire H. L. c. Royaume-Uni, arrêt du 5 octobre 2004, §§ 114-116.

⁶³² Principe 10 des Dix Principes fondamentaux de l'OMS.

⁶³³ Principe 16 des Principes des Nations Unies.

⁶³⁴ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 45.

⁶³⁵ Normes CPT, par. 52.

Le choix de l'autorité nationale compétente demeure à cet effet fondamental.

ii) L'autorité nationale compétente pour ordonner la privation de liberté

Le droit interne désigne l'autorité nationale «compétente» ou «qualifiée» qui doit être saisie. Le fait qu'il s'agisse d'une autorité administrative, civile ou pénale, n'a pas d'incidence directe à ce stade de la protection conférée par l'art. 5 CEDH⁶³⁶.

D'ailleurs, «autorité compétente» ou «autorité qualifiée» ne signifie pas nécessairement un juge ou un tribunal. Cette exigence n'est certainement pas requise par la jurisprudence strasbourgeoise, qui se limite à imposer un contrôle judiciaire *a posteriori*⁶³⁷.

Il en va par ailleurs de même pour la Recommandation N° R (83) 2 selon laquelle une décision de placement pourrait être prise «par un organe judiciaire ou toute autorité appropriée désignée par la loi»⁶³⁸. Cette Recommandation prévoit de plus – ce qui est important – que «lorsque la décision de placement est prise par une personne ou un organe qui n'est pas judiciaire, cet organe et cette personne doivent être différents de ceux ayant demandé ou recommandé le placement»⁶³⁹. La recherche d'une garantie d'objectivité maximale lors de l'hospitalisation est à la base d'une telle exigence⁶⁴⁰.

Les auteurs du «Livre blanc» abondent dans ce sens, réitérant que la décision de placement doit être prise par «une autorité compétente indépendante fondant sa décision sur des normes valides et fiables d'expertise médicale». L'important ne réside pas dans le caractère judiciaire au sens classique du terme de cette autorité. Seule la question de son indépendance est pertinente. Cette indépendance est notamment garantie si l'autorité qui statue est une instance différente de celle qui propose la mesure et si sa décision est prise en pleine souveraineté, c'est-à-dire sans devoir se conformer à une quelconque instruction, quelle que soit sa source. Cette autorité peut-être notamment un médecin, le directeur de l'établissement psychiatrique, mais aussi un travailleur social⁶⁴¹.

⁶³⁶ La qualification juridique de l'autorité interne compétente pour la décision d'hospitalisation a une conséquence importante lors de l'application du droit au recours contre cette décision prévu à l'art. 5 al. 4 CEDH, infra, III^e Partie, section A, sous-section c).

⁶³⁷ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 45.

⁶³⁸ Art. 4 de la Recommandation N° R (83) 2.

⁶³⁹ Ibid., par. 2.

⁶⁴⁰ Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, § 22

⁶⁴¹ «Livre blanc», point. 4. A Genève, par exemple, le Conseil de surveillance psychiatrique décide en dernier ressort de l'hospitalisation mais c'est au directeur de l'établissement psychiatrique

En l'état, seule la Recommandation 1235 (1994) prévoit expressément que la décision de placement d'office doit être prise par un juge⁶⁴². La Recommandation N° REC(2004)10 a choisi le compromis et prévoit que la décision de placement doit être prononcée «par un tribunal ou par toute autre autorité compétente»⁶⁴³.

Il convient néanmoins de signaler que, depuis les années 70 du siècle passé, suite notamment à la révolution des mentalités symbolisée par les enseignements des anti-psychiatres, la tendance moderne va vers l'abandon, progressif mais inexorable, des procédures d'internement menées exclusivement ou principalement par des autorités médicales. Le but recherché vise à assurer la garantie maximale d'impartialité et d'objectivité que seule une autorité judiciaire – ou toute autre autorité assimilable – peut offrir⁶⁴⁴. Ainsi, en Belgique, c'est le Juge de paix qui ordonne la mise en observation dans un service psychiatrique⁶⁴⁵. Le même choix a été fait en Allemagne⁶⁴⁶ et au Danemark.⁶⁴⁷ En Inde, le médecin responsable de l'hôpital psychiatrique concerné doit déposer une demande de «permis d'internement» auprès du magistrat compétent⁶⁴⁸. En Tunisie, la décision d'hospitalisation d'office appartient également au Tribunal de première instance du domicile de la personne devant être hospitalisée⁶⁴⁹. En Israël, si l'hospitalisation doit dépasser quatorze jours, c'est le Tribunal de santé mentale qui décide en dernier ressort⁶⁵⁰.

où le malade va être interné qu'il appartient de l'exécuter, Art. 27, 29 et 30 de la Loi genevoise K 1 25.

⁶⁴² Art. 7 par. i) let. b) de la Recommandation 1235 (1994). Dans un premier temps et au sein des Nations Unies, le projet DAES prévoyait que la décision de placer d'office un patient dans un établissement psychiatrique devait être prise par le tribunal ordinaire ou le tribunal psychiatrique compétents, art. 17 du Projet DAES. Les Principes des Nations Unies, en tenant compte de leur vocation universelle, ont finalement opté pour une solution à portée plus large puisqu'ils prévoient la possibilité d'un recours auprès d'un organe de révision indépendant et impartial, principes 16 et 17 des Principes des Nations Unies. DOURAKI souligne l'importance du dialogue entre le juge et le médecin et souhaite «la présence du juge à tous les stades de la procédure relative au sort du malade: lors de la prise de décision prononçant l'internement, lors de la prolongation de ce dernier, lors de la sortie éventuelle du malade, à l'essai ou définitivement». Ce juge doit bien évidemment s'appuyer sur l'avis indispensable du psychiatre. Ainsi, «le pouvoir arrête le pouvoir au plus grand profit de la personne privée de liberté [...]», DOURAKI (6), p. 310.

⁶⁴³ Art. 20 al. 1 de la Recommandation N° REC(2004)10.

⁶⁴⁴ Dans ce sens, LEGEMAATE (2), p. 16 ainsi que infra, II Partie, section B, sous-section b), par. 1.

⁶⁴⁵ Art. 4 à 12 de la Loi belge du 26 juin 1990.

⁶⁴⁶ LEGEMAATE (2), p. 22.

⁶⁴⁷ Art. 5 à 11 de la Loi du Danemark N° 331 du 24 mai 1989.

⁶⁴⁸ Art. 19, 20, 23-25 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

⁶⁴⁹ Art. 24 de la Loi tunisienne N° 92-83 du 3 août 1992.

⁶⁵⁰ Art. 9 et 10 de la Loi d'Israël 5751 de 1991.

Une particularité propre à certaines législations mérite d'être relevée. Aux Pays-Bas⁶⁵¹ et en Espagne⁶⁵², le juge n'ordonne pas l'hospitalisation mais l'autorise. Un tel choix terminologique pourrait être interprété comme la volonté de distinguer le mécanisme d'internement judiciaire, désormais dépassé et dont seule la protection de l'ordre public dictait au juge la marche à suivre, du système actuel de contrôle judiciaire, certes rigoureux, mais guidé par un souci principalement thérapeutique⁶⁵³. Dans ce dernier système, le juge se borne à contrôler et autoriser l'hospitalisation sur la base d'une expertise médicale, de préférence contradictoire, afin d'éviter des situations arbitraires⁶⁵⁴. Ledit système constitue une solution de compromis, adoptée pour apaiser le débat, pas encore clos, entre les tenants de l'internement administratif et ceux de l'internement judiciaire⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ Art. 2 de la Loi des Pays-Bas de 1992.

⁶⁵² Art. 211 du Code civil espagnol, Titre IX, «De l'interdiction».

⁶⁵³ Dans ce sens LOUZON, p. 248.

⁶⁵⁴ Ibid, p. 102.

⁶⁵⁵ Ce débat a des origines assez anciennes. Déjà au XIX^e siècle, FARLET et ESQUIROL, partisans de l'internement administratif, soulignaient: «La nature des fonctions habituelles appelle l'autorité administrative à régler les précautions de l'isolement des aliénés; il lui est dévolu comme mesure sanitaire, et comme mesure de l'ordre, de moralité et de sûreté publiques. L'autorité judiciaire peut-elle revendiquer cette prérogative aux mêmes titres? L'autorité administrative, par la promptitude de ses actes, répond avec la célérité qu'exige l'isolement [...]; l'autorité judiciaire avec ses formes si lentes, peut-elle remplir un tel besoin? [...] L'autorité administrative n'inspire aux familles ni aux malades aucun sentiment de crainte et de défiance, puisque son essence est d'être paternelle; tandis que l'autorité judiciaire, n'apparaissant à l'imagination qu'armée du glaive de la loi, peut exercer sur les malades, ordinairement si craintifs et si défiant, la plus funeste influence, et produire sur les familles une impression de douleur et d'irritation analogue à celle qu'éprouvent des personnes injustement accusées. L'autorité judiciaire peut faire valoir en sa faveur qu'un seul motif, la protection due à la liberté individuelle; mais est-il de sa compétence prévenir les infractions qui peuvent lui être faites, ou seulement de les réprimer? Voilà toute la question», FARLET, pp. 93-125. Et à ESQUIROL de surenchérir: «Les caractères de l'autorité administrative sont éminemment appropriés à la nature et à l'ordre des mesures propres à prévenir les abus auxquels l'isolement peut servir de prétexte. En effet, cette autorité embrasse dans son action tous les intérêts d'ordre et de salubrité publique; elle agit avec promptitude et discrétion; s'il est possible qu'elle s'égare, ces erreurs sont soumises au contrôle de l'autorité judiciaire. Celles-ci, par la lenteur et la solennité de ses formes, manque aux conditions les plus favorables aux aliénés, à la promptitude dans l'exécution des mesures et au secret en divulguant l'état mental des malades», ESQUIROL, pp. 127-145. Ces extraits, quand bien même fortement imprégnés de la conception asilaire du traitement des malades mentaux, ne sont pas totalement dépassés. Un tel débat demeure toutefois quelque peu faussé car détaché de la réalité. GUERIN lorsqu'il cite une enquête réalisée en France en 1977 est plus proche de cette réalité et dénonce avec pertinence le risque de l'internement judiciaire: «Le Procureur qui reçoit des réclamations d'internés se contente le plus souvent de demander au psychiatre un certificat de situation et d'en suivre l'avis. Ainsi la justice fonctionne elle-même sur le mode administratif [...]. De plus tout contrôle disparaît lorsqu'il s'agit de traitement [...]. Mais au nom du traitement toute mesure apparaît justifiée [...]. Le psychiatre exerce ainsi un pouvoir total, totalitaire, sur la personne de l'interné [...]. Quelle que soit l'autorité appelée à prendre cette décision [d'internement], elle se trouvera confrontée à apprécier des éléments dans lesquels la loi ne peut donner de définition précise: la situation dangereuse, le trouble à l'ordre public, l'état d'aliénation, l'altération des facultés mentales qui justifient

Quoi qu'il en soit, le choix de l'autorité nationale compétente dépend de raisons à la fois politiques et juridiques⁶⁵⁶. Pour le placement des malades mentaux non délinquants, le droit national désigne soit des tribunaux ordinaires soit, ce qui est de plus en plus fréquent, des «tribunaux psychiatriques», couramment dénommés «commissions mixtes», composés de juristes, psychiatres et assistants sociaux, soit encore des simples autorités politico-administratives (maire ou préfet)⁶⁵⁷. Quant aux malades mentaux délinquants, ce sont normalement des autorités judiciaires, souvent les mêmes qui ont constaté l'irresponsabilité pénale totale ou partielle, qui décident de l'hospitalisation⁶⁵⁸.

Au-delà des solutions nationales que nous venons d'énoncer, aux termes de la Convention, la décision d'hospitalisation doit être prise et exécutée conformément aux formes exigées par le droit national. En effet, «même dans les domaines où la Convention s'approprie des normes, les autorités nationales, notamment les tribunaux, sont par la force des choses spécialement qualifiées pour trancher les questions surgissant à l'égard de l'interprétation et de l'application du droit interne»⁶⁵⁹. Cela a pour effet de limiter le contrôle conventionnel.

iii) La portée du contrôle conventionnel

La casuistique jurisprudentielle démontre que la portée du contrôle par la Cour du respect des voies légales internes se limite aux erreurs de droit manifestes ou reconnues par les Etats défendeurs (iii.a). Dans les autres cas, le grief du respect des voies légales internes est le plus souvent absorbé par le grief de la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH ou de l'exigence de régularité (iii.b).

cette procédure exceptionnelle. Pas plus que le juriste n'est capable de donner une définition précise à l'ordre public alors que les éléments constitutifs d'une infraction sont parfaitement connus, le psychiatre en tranche nettement sur l'état d'aliénation [...]. Peut-on espérer qu'enfin le juge exerce son pouvoir de défense de libertés individuelles sans s'en remettre à la simple appréciation médicale ni se contenter d'un contrôle rapide et formel?», GUERIN, pp. 88-98. Pour un résumé des différentes théories, également LOUZON, pp. 259-263. En somme, peu importe que l'internement administratif soit préférable à l'internement judiciaire ou vice-versa; c'est la conscience et le professionnalisme de ceux qui décident du cas individuel qui compte.

⁶⁵⁶ Pour un aperçu des diverses autorités nationales compétentes pour décider du placement en institution, Doc. ONU, A/58/181, du 24 juillet 2003, point IV, par. 29. A signaler qu'au Rwanda, le juge qui décide du placement doit en outre recueillir les vues du conseil de famille, institution chargée de veiller à la sauvegarde des intérêts des membres de la famille.

⁶⁵⁷ Supra, I^e Partie, section D, sous-section b), par. 1, ii).

⁶⁵⁸ Pour approfondir, supra, I^e Partie, section D, sous-section b), par. 1, i) et iii).

⁶⁵⁹ CourEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, arrêt du 27 septembre 1990, §§ 25-27; CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990, § 23; CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, §§ 46-50; CourEDH, affaire Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt du 8 juin 1976, §§ 68-69 ainsi que CourEDH, affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. Pays-Bas, arrêt du 18 juin 1971, §§ 69-70.

iii.a) *L'erreur de droit*

S'il incombe au premier chef aux autorités nationales d'interpréter et d'appliquer le droit interne, souvent et surtout si la jurisprudence interne n'est pas claire, la Cour ne sanctionne que les erreurs proches, voire assimilées à l'arbitraire ou, alors, les erreurs reconnues par les Etats défendeurs. De surcroît, ces prétendues erreurs de droit doivent entraîner une atteinte aux libertés garanties par la Convention⁶⁶⁰.

La casuistique conventionnelle recense des beaux exemples des erreurs précitées. Son analyse permet de concrétiser et développer nos propos⁶⁶¹.

Tout d'abord, dans l'affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*⁶⁶², la Chambre du tribunal d'arrondissement, qui avait prononcé l'internement, avait siégé dans une composition irrégulière – un juge au lieu de trois –, ce dont se plaignait le requérant. Au vu du manque de clarté de la législation nationale, due à l'absence de jurisprudence sur les conséquences d'une telle composition irrégulière⁶⁶³, la Cour a préféré ne pas s'immiscer dans une question relevant de la compétence des juridictions internes, et a conclu à la régularité de la détention en suivant l'argumentation du Gouvernement⁶⁶⁴, en tout et pour tout⁶⁶⁵.

Ensuite, dans l'affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*⁶⁶⁶, la requérante se prévalait de la violation du droit interne puisqu'elle n'avait pas été entendue au préalable par le juge compétent pour prononcer le placement, alors que les conditions légales permettant de renoncer à une telle audition n'étaient pas remplies⁶⁶⁷. La Cour, en confirmant l'avis de la Commission, a admis l'erreur de droit et constaté une violation de l'art. 5 al. 1 CEDH à l'encontre – et c'est important – de l'opinion de la Cour suprême des Pays-Bas. Cette dernière

⁶⁶⁰ CommEDH, req. 25553/94, affaire *Fernand Werrens c. Belgique*, où le requérant – qui faisait l'objet d'une procédure d'internement forcé – se plaignait du fait que la production de certaines pièces au dossier avait été refusée en violation du droit interne. La Commission avait écarté le grief de la violation de l'art. 5 al. 1 CEDH au motif qu'il n'était pas de sa compétence «d'assurer le respect de la législation interne d'un Etat membre» (sic!).

⁶⁶¹ Outre les exemples qui vont suivre, voir également CourEDH, affaire *Raninen c. Finlande*, arrêt du 16 décembre 1997, § 46 concernant l'arrestation avec la pose de menottes et suivie de la détention d'un appelé objecteur au service militaire et dans laquelle le Gouvernement défendeur avait clairement admis que l'arrestation litigieuse était dépourvue de base légale.

⁶⁶² CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979.

⁶⁶³ *Ibid.*, § 48.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, § 49.

⁶⁶⁵ Le retard de deux semaines entre l'expiration et le renouvellement de l'internement constituait le deuxième vice de forme invoqué par le requérant et rejeté par la Cour. Ce retard n'a pas paru déraisonnable aux yeux de la Cour également parce que l'autorisation de poursuivre l'internement avait été finalement accordée et que le requérant n'aurait de toute façon pas retrouvé sa liberté, même si la décision avait été prise à temps, *ibid.*

⁶⁶⁶ CourEDH, affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1990.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, §§ 21-23.

avait estimé que le manquement à l'obligation d'entendre une personne internée ou à l'obligation de motiver la décision de ne pas l'entendre ne suffisait pas à entacher d'irrégularité cette décision, le vice pouvant être réparé si la personne était entendue par la suite⁶⁶⁸. La décision de la Cour s'explique sans autre par le fait que le Gouvernement avait reconnu l'erreur en question. Ceci apparaît d'ailleurs clairement des considérants de l'arrêt⁶⁶⁹.

Enfin, dans l'arrêt *Wassink c. Pays-Bas*⁶⁷⁰, confrontée à la contestation d'une décision de prolongation de l'hospitalisation du requérant prise par le Président d'un tribunal d'arrondissement néerlandais, la Cour a conclu à l'absence de respect des voies légales internes, car le Greffier chargé de dresser le procès verbal n'était pas présent lors de la prise de la décision⁶⁷¹.

Il convient de constater que dans les deux dernières affaires que nous venons de citer les Gouvernements respectifs n'avaient reconnu et accepté que la violation de deux griefs admis finalement par la Cour. Pourtant, les erreurs de droit en cause différaient en nature d'une manière fondamentale. Dans l'arrêt *Van der Leer c. Pays-Bas*, l'erreur était essentielle et, en tant que telle, elle violait la garantie de procédure équitable et adéquate consacrée par l'al. 1 de l'art. 5 CEDH⁶⁷². Dans l'arrêt *Wassink c. Pays-Bas*, en revanche, l'erreur, comme l'admet d'ailleurs la Cour elle-même, n'était pas essentielle⁶⁷³.

Il en ressort que les erreurs de droit, qu'elles soient ou non des vices de forme essentiels, peuvent être sanctionnées si le Gouvernement en cause en admet la violation. Dans le cas contraire, le pouvoir d'examen de la Cour reste fort limité et ne s'exerce que lors de violations manifestes, proches de l'arbitraire.

Ce qui précède permet également d'expliquer, à tout le moins en partie, l'apparente contradiction entre les jurisprudences *Wassink* et *Van der Leer* sur l'application de la notion de vice de forme essentiel pouvant entraîner une violation de l'art. 5 al. 1 CEDH et le respect du droit d'être entendu du patient interné.

⁶⁶⁸ CommEDH, affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*, avis du 14 juillet 1988, § 95.

⁶⁶⁹ Le dernier paragraphe de l'arrêt de la Cour sur la violation de l'art. 5 al. 1 CEDH mérite d'être cité en entier: «Nonobstant les prescriptions de la loi sur les aliénés, le juge cantonal n'entendit pas Mme Van der Leer avant d'autoriser son internement, alors que les conditions légales lui permettant de se dispenser de pareille audition ne se trouvaient pas remplies; à tout le moins aurait-il dû indiquer, dans sa décision, les raisons qui l'incitaient à s'écarter de l'avis du psychiatre. Le Gouvernement en convient – c'est nous qui soulignons. Il y a donc eu violation de l'article 5 alinéa 1 sur le point dont il s'agit», CourEDH, affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1990, § 23.

⁶⁷⁰ CourEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990.

⁶⁷¹ *Ibid.*, § 27

⁶⁷² CourEDH, affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1990, § 23.

⁶⁷³ CourEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990, § 34. Le seul juge dissident signale, à notre avis à juste titre, que *in casu* le Greffier n'avait aucun rôle à jouer dans la décision judiciaire. Le Président ayant lui-même établi le procès verbal, le but pour lequel la présence de son Greffier était requise était atteint, *ibid.*, opinion dissidente du Juge WALSH.

Dans l'arrêt Van der Leer c. Pays-Bas⁶⁷⁴, la Cour a affirmé – avec l'accord du Gouvernement – que le défaut d'être entendu personnellement par le juge avant une décision de prolongation de l'hospitalisation constituait pour l'intéressé un vice de forme essentiel. L'audition du conseil légal n'était pas suffisante⁶⁷⁵. A l'occasion de l'arrêt Wassink c. Pays-Bas⁶⁷⁶, la Cour a estimé, en revanche, que le fait de consulter par téléphone plusieurs personnes sur le comportement du malade, et d'en informer, toujours par téléphone, le conseil de l'intéressé, sans que ni ce dernier ni son conseil puissent commenter en détail lesdites informations, n'était pas constitutif d'un vice de forme essentiel. Le but d'une telle manière de procéder était de prononcer l'internement en se fondant sur des informations à jour⁶⁷⁷. Le Gouvernement avait soutenu cette thèse et précisé que le droit interne n'exigeait pas que «[...] les déclarations faites au juge par téléphone soient lues textuellement au patient ou à son conseil [...]»⁶⁷⁸.

Par souci d'exhaustivité, il convient encore de citer l'affaire Keus c. Pays-Bas⁶⁷⁹ dans laquelle le requérant, un délinquant interné dans une clinique psychiatrique, après avoir purgé quatre ans d'emprisonnement, n'avait pu, ni personnellement ni par l'intermédiaire de son avocat, participer à la décision de prolongation en raison de ses nombreuses fugues. La Cour a estimé – toujours avec l'accord du Gouvernement – que la procédure était conforme à la Convention puisque les vices de forme invoqués étaient en grande partie dus à l'absence volontaire du requérant⁶⁸⁰.

La jurisprudence conventionnelle enseigne encore que le grief du respect des voies légales interne est subsidiaire par rapport aux griefs de la violation du dépassement du «bref délai» de l'art. 5 al. 4 CEDH et de la violation du principe de la régularité.

⁶⁷⁴ CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990.

⁶⁷⁵ Ibid., § 23. GILLARDIN affirme que, dans l'arrêt Van der Leer c. Pays-Bas, la question s'est posée de savoir si le fait qu'un juge n'entende pas un aliéné préalablement à la décision d'enfermement peut être considéré comme une violation de l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH, GILLARDIN, p. 413. Dans ce sens également, SANSOTTA, pp. 536-540. Sur cette problématique, voir également infra, III^e Partie, section B, sous-section a), par. 2, i).

⁶⁷⁶ CourEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, arrêt du 27 septembre 1990.

⁶⁷⁷ Ibid., §§ 25-27.

⁶⁷⁸ CommEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, avis du 12 juillet 1989, § 36. Il convient de noter que la thèse du Gouvernement allait à l'encontre de la jurisprudence interne d'après laquelle «si un juge se procure des informations par téléphone, il doit veiller à ce qu'elles soient consignées par écrit, et en principe il ne doit pas s'en servir sans en avoir révélé le contenu à l'intéressé ou à son avocat et leur avoir donné une occasion suffisante de les discuter [...]», *ibid.*, § 19

⁶⁷⁹ CourEDH, affaire Keus c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990.

⁶⁸⁰ Ibid., §§ 24-25. Il est opportun de relever que, quand la violation du droit interne est manifeste, la Cour la sanctionne, même à l'encontre de l'avis du Gouvernement défendeur, dans ce sens CourEDH, affaire Tráčík c. Slovaquie, arrêt du 24 mars 2004, § 34; CourEDH, affaire Rakevich c. Russie, arrêt du 24 mars 2004, §§ 34-35 ainsi que CourEDH, affaire Nakach c. Pays-Bas, arrêt du 30 juin 2005, §§ 36-44, où les Juges de Strasbourg se montrent particulièrement courageux.

iii.b) *Le caractère subsidiaire du grief du non-respect des voies légales internes*

Dans l'affaire Koendjbiharie c. Pays-Bas⁶⁸¹, la Commission avait marqué un progrès de taille dans la portée du contrôle conventionnel du respect du droit interne – en tout cas pour ce qui a trait à la détention des aliénés. Dans cette affaire, d'après la jurisprudence interne, le dépassement du délai légal pour statuer sur une décision de prolongation d'une hospitalisation ne permettait pas à lui seul de mettre fin au placement, le délai précité ne revêtant qu'un caractère incitatif. Toutefois, et à l'encontre du Gouvernement, la Commission avait conclu à l'unanimité à la violation de l'al. 1 de l'art. 5 CEDH, dans la mesure où un retard prolongeant de soixante-quinze jours la détention ne pouvait pas «être tenu pour *raisonnablement* conforme aux dispositions pertinentes» du droit interne⁶⁸².

Malheureusement, la Cour a préféré ne pas entrer en matière sur la violation du droit interne. Elle a choisi un terrain «politiquement» plus sûr en constatant un dépassement du «bref délai» visé à l'al. 4 de l'art. 5 CEDH et a évacué les autres griefs relatifs au respect des voies légales internes⁶⁸³. Ainsi faisant, elle a inauguré sa jurisprudence qui enseigne que le grief de la violation du droit interne est subsidiaire par rapport aux griefs de la violation du dépassement du «bref délai» de l'art. 5 al. 4 CEDH et de la violation du principe de la régularité.

Ce choix a été particulièrement critiqué par le Juge BERNHARDT dans son opinion dissidente. D'après ce dernier, en procédant de la sorte, la Cour aurait oublié que les diverses garanties procédurales de l'al. 1 de l'art. 5 CEDH possèdent un poids égal et que la constatation d'une violation de l'al. 4 ne dispense pas d'examiner aussi les garanties de l'al. 1⁶⁸⁴.

Insensible aux critiques, la Cour a maintenu sa position à l'occasion d'autres affaires et, ainsi faisant, a arrêté le progrès quant au contrôle du respect des voies légales internes qui avait été amorcé par la Commission à l'occasion de l'affaire Koendjbiharie précitée.

A ce stade, en faisant une brève parenthèse, il convient d'indiquer que le raisonnement de la Cour avait progressivement influencé la jurisprudence de la Commission. En effet, en 1993, dans une affaire concernant de nouveau les Pays-Bas, le requérant se plaignait de ce que son internement dans un

⁶⁸¹ CommEDH, affaire Koendjbiharie c. Pays-Bas, avis du 12 octobre 1989.

⁶⁸² Ibid., § 54-58.

⁶⁸³ CourEDH, affaire Koendjbiharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, §§ 26-31.

⁶⁸⁴ Ibid., opinion dissidente du Juge BERNHARDT; ainsi que dans le même sens, CourEDH, affaire Douiyeb c. Pays-Bas, arrêt du 4 août 1999, § 57 et CourEDH, affaire Kolompar c. Belgique, arrêt du 24 septembre 1992, § 45.

hôpital psychiatrique, entre la date d'expiration de la première ordonnance judiciaire et la date à laquelle le Tribunal d'arrondissement avait décidé de prolonger la mesure, n'avait pas été ordonné selon les voies légales. La Commission avait, dans un premier temps, constaté la violation de l'al. 4 de l'art. 5 CEDH, en raison du retard inutile, soit presque trois mois, qui avait affecté la décision de prolongation de l'hospitalisation. Puis, en se référant expressément à la jurisprudence de la Cour, elle avait rappelé que ledit retard englobait également le grief ayant trait à l'illégalité du placement et avait conclu, à l'unanimité, qu'aucune question distincte ne se posait sous cet angle⁶⁸⁵. Ce qui précède constitue la preuve que, même si la Cour n'était pas à proprement parler une autorité de recours contre les décisions de la Commission, cette dernière se laissait progressivement influencer, notamment en présence de circonstances d'espèce semblables.

A notre connaissance, cette décision de la Commission est demeurée isolée. La Cour, en revanche, a persisté.

La Cour a notamment gardé le cap une première fois dans l'arrêt *Keus c. Pays-Bas*⁶⁸⁶. Cet arrêt est néanmoins singulier car, avant de se rabattre sur l'examen du respect de l'al. 4 de l'art. 5 CEDH⁶⁸⁷, la Cour a dédié le premier paragraphe à expliquer en quoi les voies légales internes et, en conséquence, l'al. 1 de l'art. 5 CEDH, avaient été respectées⁶⁸⁸. La Cour se sentait peut-être plus à l'aise, car la Commission avait conclu à l'absence d'une violation du droit interne.

Dans l'affaire *Herczegfalvy c. Autriche*⁶⁸⁹, alors que la Commission avait constaté une violation des voies légales internes, au motif que le contrôle judiciaire automatique annuel de la détention du malade mental avait été effectué avec un retard d'un mois et cinq jours⁶⁹⁰, la Cour a préféré se concentrer à nouveau sur la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH. A cet égard, elle s'est basée sur le fait que, lors du contrôle judiciaire périodique précité, deux des décisions – il y en avait trois en tout – n'avaient pas été prises à «un rythme raisonnable»⁶⁹¹. Une telle conclusion lui a permis de ne pas examiner la conformité au droit interne des décisions litigieuses⁶⁹².

⁶⁸⁵ CommEDH, req. 15672/89, P. J. B. c. Pays-Bas, §§ 46-49.

⁶⁸⁶ CourEDH, affaire *Keus c. Pays-Bas*, arrêt du 25 octobre 1990.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, §§ 19-20.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, § 25.

⁶⁸⁹ CourEDH, affaire *Herczegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992.

⁶⁹⁰ CommEDH, affaire *Herczegfalvy c. Autriche*, avis du 1^{er} mars 1990, §§ 200-203. Notons la complexité des faits sous examens dans cette affaire. En effet, le requérant avait été soumis à quatre périodes de détention subséquentes justifiées par des bases légales ayant varié au fil des années.

⁶⁹¹ CourEDH, affaire *Herczegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992, §§ 76-78.

⁶⁹² *Ibid.*, § 78.

La Cour ayant statué à l'unanimité, il serait légitime de considérer que, face à une prétendue violation du droit interne pouvant être examinée également sous l'angle de l'al. 4 de l'art. 5 CEDH, seul ce dernier prévaudra. Ce choix s'explique aisément: il permet à la Cour de se concentrer davantage sur un grief «purement» conventionnel, sans devoir analyser en détail la législation interne. Du point de vue du requérant, un tel choix n'entraîne pas de graves conséquences puisqu'il obtient gain de cause dans tous les cas.

Avec le temps, la garantie de la légalité est également absorbée progressivement par celle de la régularité, la portée de cette dernière tendant à s'étendre au détriment de la première.

A l'occasion de l'affaire *Johnson c. Royaume-Uni*⁶⁹³, quatre ans après l'affaire *Herczegfalvy* précitée, la Cour a en effet amorcé cette évolution. Le requérant, délinquant malade mental, faisait l'objet depuis 1984 d'une ordonnance d'internement ainsi que d'une ordonnance restreignant sa libération sans limite dans le temps⁶⁹⁴. Le 15 juin 1989, le *Mental Health Review Tribunal* (ci-après: MHRT) avait constaté pour la première fois que le requérant ne souffrait plus de troubles mentaux. Toutefois, il n'avait prononcé sa libération que le 12 janvier 1993, soit trois ans et demi plus tard. Le risque de récidive et l'impossibilité de trouver une place dans un foyer adapté au nouvel état mental du requérant avaient été invoqués comme motifs. Le requérant se plaignait du caractère arbitraire de la détention subie notamment à cause du deuxième motif. Face à une violation aussi flagrante, en tout cas à nos yeux, des exigences de régularité, la Cour a conclu à la violation de l'art. 5 al. 1 CEDH⁶⁹⁵. L'essentiel réside cependant en ce qu'elle a considéré superflu de statuer sur la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH invoquée par le requérant qui se plaignait du fait que le MHRT n'avait pas le pouvoir pour obliger un foyer à l'accueillir et, en conséquence, pour assurer le respect de l'ordonnance de libération conditionnelle⁶⁹⁶. D'après la Cour, suivie en cela par la Commission, le grief tiré de la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH ne posait aucune question distincte⁶⁹⁷.

La Cour n'a pas inversé la tendance par rapport à son ancienne jurisprudence; elle a procédé plutôt à un «déplacement» habile: ce n'est plus l'al. 4

⁶⁹³ CourEDH, affaire *Johnson c. Royaume-Uni*, arrêt du 24 octobre 1997.

⁶⁹⁴ L'art. 37 du *Mental Health Act* (1983) du Royaume-Uni habilite les tribunaux à ordonner l'internement dans un hôpital désigné des personnes reconnues coupables d'une infraction pénale si l'hospitalisation constitue le moyen le plus indiqué au vu de l'état mental du délinquant. Lorsque le risque de récidive est grand, les tribunaux peuvent, en vertu de l'art. 41, rendre une ordonnance restrictive qui permet notamment d'interner à nouveau ou de libérer un patient sous condition à tout moment.

⁶⁹⁵ CourEDH, affaire *Johnson c. Royaume-Uni*, arrêt du 24 octobre 1997, §§ 63-72.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ *Ibid.*, §§ 69-72.

qui absorbe l'al. 1 mais le contraire. Ainsi, la critique du Juge BERNAHRDT à l'occasion de l'affaire Koendjibharie précitée demeure d'actualité⁶⁹⁸. Ce déplacement ne saurait être surestimé, en tout cas sous l'angle de la recherche d'un contrôle conventionnel plus incisif du respect du droit interne: l'attitude frileuse, bien que compréhensible, de la Cour demeure. A notre sens, l'absorption de l'al. 4 par l'al. 1 s'explique essentiellement par l'objet de la cause qui a «voulu» que la problématique la plus «sûre» à traiter en l'occurrence était celle de la régularité de la détention. En effet, les parties n'avaient pas soulevé directement la violation des voies légales internes⁶⁹⁹. Quant à la question liée à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH, elle était particulièrement sensible et aurait exigé que la Cour adopte une position de principe sur les compétences et le fonctionnement des MHRT⁷⁰⁰. A la lumière de ces circonstances, la décision des Juges de Strasbourg, bien que prise à l'unanimité, demeure critiquable.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt Johnson c. Royaume-Uni aura préparé la voie à la résolution de deux autres différends fondés sur un état de faits extrêmement similaire.

L'affaire Aerts c. Belgique⁷⁰¹ traitait d'un délinquant malade mental ayant été arrêté pour coups et blessures commis sur son ex-épouse à l'aide d'un marteau. Sur la base d'une ordonnance d'internement, il avait été détenu provisoirement, d'abord en «cellule duo» et, ensuite, en salle commune dans l'annexe psychiatrique d'un établissement pénitentiaire. Puis, au vu des résultats d'une expertise psychiatrique qui recommandait d'urgence son transfert dans une structure mieux adaptée pour calmer son état d'anxiété, son transfert dans un établissement de défense sociale avait été décidé. Ce transfert ne fut toutefois exécuté qu'environ sept mois plus tard.

Dans la lignée de son raisonnement dans l'affaire Johnson c. Royaume-Uni, la Cour s'est concentrée exclusivement sur le caractère irrégulier de la détention. Le constat de ce qu'aucune disposition légale interne ne précisait la durée de la détention provisoire dans l'attente d'un transfert (sic!), a permis aux Juges de Strasbourg de se rabattre, avec l'accord du Gouvernement et en un clin de phrase, sur un terrain plus familier. La Cour a ainsi estimé que,

⁶⁹⁸ CourEDH, affaire Koendjibharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, opinion dissidente du Juge BERNHARDT.

⁶⁹⁹ CourEDH, affaire Johnson c. Royaume-Uni, arrêt du 24 octobre 1997, § 59.

⁷⁰⁰ D'une certaine manière le choix de la Cour est particulièrement regrettable, ce d'autant que l'argument invoqué par le requérant était extrêmement pertinent puisque, au vu du cas d'espèce, le MHRT ne bénéficiait effectivement pas des moyens pour assurer le respect du dispositif de son ordonnance de libération conditionnelle. Pour approfondir, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3.

⁷⁰¹ CourEDH, affaire Aerts c. Belgique, arrêt du 30 juillet 1998.

compte tenu du but thérapeutique de l'internement, une attente aussi longue que celle du cas d'espèce ne pouvait pas être considérée comme régulière⁷⁰².

A la différence de l'affaire anglaise précitée, la Cour a examiné le fond de la prétendue violation de l'art. 5 al. 4 CEDH – violation qu'elle a néanmoins rejetée – en effectuant ainsi un net progrès par rapport à sa jurisprudence antérieure⁷⁰³. Cette analyse a sans doute été facilitée par le caractère flagrant, au vu des circonstances litigieuses, de l'absence de violation de cette disposition⁷⁰⁴.

Le rapport de la Commission mérite d'être cité puisque celle-ci avait fait preuve d'un plus grand «courage». Après avoir rappelé que pour être «légale» une privation de liberté doit être exécutée conformément au droit interne, elle avait conclu sans hésiter que le retard dans le transfert du requérant vers un établissement thérapeutiquement plus approprié violait l'art. 5 al. 1 CEDH. D'une part, ledit retard ne respectait pas la décision de l'autorité interne et donc les «voies légales» proprement dites, et, d'autre part, il violait l'exigence conventionnelle de régularité qui impose dans un but thérapeutique un établissement de détention approprié⁷⁰⁵. Cette motivation a le mérite indiscutable d'être complète et cohérente⁷⁰⁶. Dommage que la Cour ne l'ait pas adoptée telle quelle.

Nonobstant sa réserve quant au contrôle du droit interne, la Cour a toutefois démontré qu'elle peut étendre à sa guise la notion de régularité face à une «illégalité» qui lui déplaît.

Tel était notamment le cas dans l'affaire *Erkalo c. Pays-Bas*⁷⁰⁷, qui concernait le maintien en détention d'un malade mental en dépit de l'expiration de l'ordonnance de placement initiale. Le requérant avait été reconnu coupable

⁷⁰² Ibid., §§ 48-50.

⁷⁰³ Il convient d'anticiper que, dans l'affaire *Erkalo c. Pays-Bas*, après avoir conclu à la violation de l'al. 1 de l'art. 5 CEDH, la Cour n'a pas examiné le grief relatif à l'art. 5 al. 4 CEDH, cette doléance se confondant à son avis avec celle tirée de l'al. 1, CourEDH, affaire *Erkalo c. Pays-Bas*, arrêt du 2 septembre 1998, § 64.

⁷⁰⁴ Le requérant se plaignait qu'il n'avait pas eu accès à un tribunal compétent pour statuer sur la légalité de son maintien en détention dans l'annexe psychiatrique de l'établissement pénitentiaire. Cet accès avait été dénié au motif que les mesures d'exécution des décisions des Commissions de défense sociale constituaient des actes d'administratifs, dont le contrôle échappait à la compétence de la Cour d'appel. La Cour a rejeté cette argumentation car le requérant avait pu saisir le Juge des référés, qui avait déclaré illégale son hospitalisation, CourEDH, affaire *Aerts c. Belgique*, arrêt du 8 juillet 1998, § 55.

⁷⁰⁵ CommEDH, affaire *Aerts c. Belgique*, avis du 20 mai 1997, §§ 48-54.

⁷⁰⁶ Le grief de la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH avait néanmoins été rejeté puisque irrecevable *ratione materiae*. Le plaignant revendiquait un hébergement et un traitement dans le cadre, plus approprié, d'un hôpital psychiatrique d'une autre catégorie. Selon la Commission, cette question ne pouvait pas être examinée sur la base de l'art. 5 al. 4 CEDH, CommEDH, affaire *Aerts c. Belgique*, avis du 20 mai 1997, § 59.

⁷⁰⁷ CourEDH, affaire *Erkalo c. Pays-Bas*, arrêt du 2 septembre 1998.

de deux homicides perpétrés au préjudice de deux vieilles dames. Après sa condamnation à une peine d'emprisonnement, il avait été placé dans un institut psychiatrique pour une période devant durer deux ans. Environ quinze jours avant l'expiration de cette période, une requête en prolongation, déposée en temps utile, avait été classée par erreur dans les archives du tribunal. Cette requête n'avait été retrouvée que trois mois et demi plus tard. Après examen, le Tribunal avait décidé de prolonger le placement d'une année. Le requérant alléguait une violation de l'art. 5 al. 1 CEDH, arguant de ce que, déposée hors délai sans juste motif, en vertu du droit interne⁷⁰⁸ la requête litigieuse aurait dû être déclarée irrecevable et sa libération immédiate ordonnée. Le Gouvernement lui-même reconnaissait que le droit avait été enfreint «techniquement», mais il affirmait en substance que la requête avait été déposée en temps utile. En effet, aux dires du Gouvernement, des circonstances spéciales comme celles du cas d'espèce – le requérant n'avait subi aucun préjudice puisqu'il avait été averti à temps et pu solliciter l'assistance d'un avocat – permettaient de s'écarter du principe selon lequel le non-respect du délai prescrit entraînait l'irrecevabilité de la demande. De plus, aucune disposition interne n'exigeait la libération du malade mental en cas de dépassement du délai; ce dépassement n'était d'ailleurs sanctionné d'aucune autre manière⁷⁰⁹.

Devant une telle argumentation exhaustivement étayée, et compte tenu du pouvoir de surveillance fort limité dans elle dispose, la Cour n'a pas eu d'autre choix que de se rallier sans grande conviction à la thèse du Gouvernement. Son malaise est néanmoins patent⁷¹⁰. Ainsi, elle a affirmé que l'application du droit hollandais comportait désormais un «élément d'incertitude»⁷¹¹. L'envie de sanctionner les autorités cantonales transparait des considérants. La Cour a alors choisi de satisfaire cette envie par l'intermédiaire de l'application de la garantie de régularité. Pour ce faire, elle a rappelé sa jurisprudence sur la notion de privation de liberté développée à l'occasion de l'affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*⁷¹². Un procédé compréhensible vu les faits semblables à la base de deux affaires⁷¹³. Ensuite, elle a conclu à la violation de

⁷⁰⁸ Art. 509 § 1 du Code de procédure pénale hollandais selon lequel toute requête de prolongation d'une ordonnance de placement doit être soumise par le Procureur au plus tard un mois avant l'expiration de la période en cours.

⁷⁰⁹ CourEDH, affaire *Erkalo c. Pays-Bas*, arrêt du 2 septembre 1998, §§ 28 et 54.

⁷¹⁰ De jurisprudence constante, seul le maintien de détention durant des périodes de deux à quatre semaines environ entre l'expiration et le renouvellement d'un ordre de privation de liberté peut être conforme aux «voies légales» de l'art. 5 al. 1 CEDH, CourEDH, affaire *H. M. c. Suisse*, arrêt du 26 février 2002, § 41.

⁷¹¹ *Ibid.*, § 55.

⁷¹² CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, § 45.

⁷¹³ Le requérant se plaignait également du caractère arbitraire de son hospitalisation au motif qu'un intervalle de deux semaines s'était écoulé entre l'expiration et le renouvellement de l'autorisation d'internement. Toutefois, la Cour a considéré qu'un délai aussi bref ne pouvait en aucune manière être considéré comme déraisonnable ou excessif, *ibid.*, § 49.

l'art. 5 al. 1 CEDH, un intervalle de quatre-vingt-deux jours entre l'expiration de l'ordonnance et sa prolongation ne pouvant en aucun cas être considéré comme admissible⁷¹⁴. Cet intervalle a été ainsi considéré comme incompatible avec le but de la disposition litigieuse et, partant, la détention comme irrégulière.

La conclusion qui précède s'imposait également en raison de la jurisprudence nationale. Pour décider d'une éventuelle libération une fois expirée la période légale de l'ordonnance de placement, ladite jurisprudence exigeait que soient considérés l'ampleur du dépassement du délai légal, les raisons du dépassement et les intérêts personnels comme sociaux en jeu⁷¹⁵.

A juste titre, la Cour a rappelé à l'ordre le Gouvernement. Elle s'est dite «frappée» par le fait que, alors qu'elles savaient que le placement du requérant était sur le point d'expirer, les autorités compétentes n'avaient rien entrepris pour vérifier si les mesures nécessaires pour sa prolongation avaient été adoptées. L'état psychique grave de l'intéressé et l'intérêt public de son maintien en détention ne pouvaient justifier une telle passivité. Elle a également souligné qu'il appartenait aux autorités, et non pas à l'intéressé, de s'assurer qu'une demande de prolongation d'une ordonnance de placement soit déposée et examinée en temps voulu⁷¹⁶.

Le dispositif dans l'affaire Erkalo c. Pays-Bas apparaît juste quant à son résultat. Il nous est difficile de partager l'avis du Juge LEVITS selon lequel l'«erreur technique» reconnue par le Gouvernement et le non-respect du délai fixé par le droit interne ne pouvaient constituer une violation de l'art. 5 al. 1 CEDH puisque, compte tenu de l'état du malade mental, son placement aurait de toute manière été prolongé en raison notamment de l'intérêt de la collectivité⁷¹⁷. Un tel raisonnement reviendrait à intégrer une part d'arbitraire dans la détention du malade mental; l'état du malade justifierait *a posteriori* une privation de liberté irrégulière.

Il est toutefois vrai que l'erreur constatée dans l'affaire Erkalo c. Pays-Bas concernait plutôt le respect des «voies légales»⁷¹⁸. Cependant, on ne peut pas

⁷¹⁴ CourEDH, affaire Erkalo c. Pays-Bas, arrêt du 2 septembre 1998, § 57. La requête de prolongation fut retrouvée un mois et demi plus tard, parvint au Greffe du Tribunal compétent le 7 septembre 1993, fut traitée le 15 suivant et fut acceptée le 23, alors que l'ordonnance de placement initiale expirait le 3 juin 1993.

⁷¹⁵ Ibid., § 32 et pour une analyse plus approfondie, infra, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 2.

⁷¹⁶ CourEDH, affaire Erkalo c. Pays-Bas, arrêt du 2 septembre 1998, § 59.

⁷¹⁷ Ibid., opinion dissidente du Juge LEVITS, §§ 5-8.

⁷¹⁸ Il convient à cet égard de citer le rapport de la Commission concernant une requête adressée par un citoyen éthiopien. Ce dernier avait été déclaré coupable de plusieurs chefs d'homicide et condamné à une peine d'emprisonnement après l'exécution de laquelle il devait être placé à la disposition du gouvernement pour une période initiale de deux ans et interné dans un établissement psychiatrique. Le délai dans lequel les autorités de poursuite pouvaient solliciter

vraiment tenir rigueur à la Cour de l'avoir traitée sous l'angle «conventionnellement» plus sûr de la régularité. Le respect des voies légales internes et de la régularité sont au fond deux facettes d'une même problématique, à savoir la garantie du caractère non arbitraire d'une privation de liberté. De surcroît, la question du respect des voies légales est intimement liée à la problématique de la régularité de la privation de liberté. La majorité des législations européennes ont codifié les exigences de régularité développées par la jurisprudence de Strasbourg, de sorte que cette distinction perd graduellement sa raison d'être. D'ailleurs, par le passé déjà, les juges conventionnels avaient relevé l'existence d'un chevauchement inévitable entre les deux facettes, soit le respect des voies légales internes et du principe de la régularité de l'art. 5 al. 1 CEDH⁷¹⁹.

Par souci d'exhaustivité, il convient encore d'analyser brièvement l'affaire *Rutten c. Pays-Bas*⁷²⁰ dans laquelle la Cour a montré, quelques années plus tard, que la jurisprudence *Erkalo c. Pays-Bas* n'est pas encore établie.

Le requérant avait été condamné pour tentative d'homicide à huit mois d'emprisonnement ainsi qu'à une mesure de sûreté qui venait à expiration trois ans plus tard. Le Procureur avait formellement requis la prolongation de la mesure, qui n'avait été accordée que dix-sept jours après l'expiration du délai maximal de deux mois prévu par la loi⁷²¹. Le requérant soutenait que sa détention était de ce fait illégale, la requête en prolongation devant ainsi être déclarée irrecevable⁷²². Dans ses considérants, la Cour n'a pas hésité à reconnaître aux autorités hollandaises «tout» pouvoir dans l'application et l'interprétation de leur code de procédure et a conclu à l'absence de violation de l'art. 5 al. 1 CEDH⁷²³. Avec l'accord implicite du Gouvernement⁷²⁴, elle s'est fondée sur l'al. 4 de l'art. 5 CEDH pour affirmer qu'un délai de deux mois et

une prolongation du placement à la disposition du Gouvernement expirait trois ans après. Peu avant l'expiration de cette période, le Procureur avait informé le requérant que la demande de prolongation avait été soumise au Tribunal. Environ trois mois et demi plus tard, le requérant avait avisé le personnel de l'institution psychiatrique qu'il était sans nouvelles de la requête. Celle-ci avait été finalement découverte dans les archives du Tribunal, où elle avait été, semble-t-il, classée par erreur. Elle était ainsi parvenue au Greffe après l'expiration du délai légal. Le Tribunal avait reconnu le bien-fondé de l'allégation du requérant selon laquelle la requête était tardive et, partant, irrecevable. Il avait toutefois refusé d'ordonner la libération de l'intéressé, jugeant impératif dans l'intérêt public la prolongation de son placement. La Commission avait conclu à l'unanimité que la détention du requérant n'avait pas été «ordonnée» conformément aux voies légales de l'art. 5 al. 1 CEDH, CommEDH, req. 23807/94, D. S. E. c. Pays-Bas.

⁷¹⁹ CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, § 39 *in fine*.

⁷²⁰ CourEDH, affaire *Rutten c. Pays-Bas*, arrêt du 24 juillet 2001.

⁷²¹ Il s'agissait par ailleurs de la même disposition du code de procédure pénale que celle litigieuse dans l'affaire *Erkalo c. Pays-Bas*.

⁷²² CourEDH, affaire *Rutten c. Pays-Bas*, arrêt du 24 juillet 2001, §§ 9-17.

⁷²³ *Ibid.*, §§ 33-47.

⁷²⁴ *Ibid.*, § 15.

dix-sept jours pour statuer sur la requête de prolongation n'était pas raisonnable et, partant, violait la Convention⁷²⁵.

Confrontée au grief de la violation du droit interne, la Cour jongle entre son absorption par l'al. 4 de l'art. 5 CEDH et l'extension de la garantie de la régularité au gré de ses envies et de l'accord du Gouvernement défendeur.

En guise de conclusion, il est enfin opportun de signaler l'affaire H. L. c. Royaume-Uni⁷²⁶ qui avait trait au placement «sur base informelle» et conformément «à son intérêt supérieur» d'un malade mental incapable de discernement. Selon le droit interne, ledit malade était qualifié de «patient informel docile» puisqu'il ne s'était pas formellement opposé à son hospitalisation et n'avait pas essayé de s'enfuir⁷²⁷. Ainsi, il avait été placé pendant environ cinq mois pour recevoir des soins psychiatriques⁷²⁸. La Cour a constaté que la procédure sous examen ne s'entourait pas des garanties judiciaires appropriées: les motifs, la durée, le but de l'hospitalisation litigieuse ainsi que le traitement que l'on pouvait administrer ou le contrôle de la persistance du trouble mental n'étaient pas réglementés⁷²⁹. Dès lors, elle a conclu, manifestement à l'encontre de l'opinion défendue par le Gouvernement⁷³⁰, à la violation de l'art. 5 al. 1 CEDH sans distinguer entre le respect des «voies légales» et celui de la régularité de la détention⁷³¹. Une décision courageuse qui confirme au surplus que les exigences de légalité et de régularité forment désormais un tout indissociable et relativement interchangeable.

En bref, l'exigence du respect des «voies légales» de l'art. 5 al. 1 CEDH renvoie directement au droit national, dont la violation entraîne celle de la Convention. Il incombe au premier chef aux autorités nationales d'appliquer et d'interpréter le droit interne. Cependant, ce droit doit être conforme aux principes généraux énoncés par la Convention. La mesure privative de liberté doit émaner de l'autorité compétente, être exécutée par l'autorité qualifiée et ne pas être arbitraire. La Cour est compétente pour examiner si la procédure prescrite a été respectée. Son pouvoir de contrôle s'autolimité, toutefois, à des violations manifestes du droit interne, sauf si le Gouvernement défendeur reconnaît la violation. La marge d'appréciation des Etats est encore plus étendue lorsqu'il existe une controverse jurisprudentielle. De plus, quand les faits de la cause s'y prêtent, la Cour préfère statuer sous l'angle de l'al. 4 de l'art. 5 CEDH ou, à défaut, étendre à souhait la notion de régularité. Une telle atti-

⁷²⁵ Ibid., §§ 48-55.

⁷²⁶ CourEDH, affaire H. L. c. Royaume-Uni, arrêt du 5 octobre 2004.

⁷²⁷ Ibid., §§ 13, 52, 71-72.

⁷²⁸ Ibid., §§ 11-12.

⁷²⁹ Ibid., §§ 120-121.

⁷³⁰ Ibid., § 123.

⁷³¹ Ibid., § 124.

tude est cependant légitime compte tenu du rôle subsidiaire, par rapport aux juridictions internes, des autorités de Strasbourg. Ce qui est regrettable est la divergence qui existe parfois lors d'une même affaire entre la décision de la Commission et celle de la Cour. Or, au moment où nous écrivons ces lignes, le Protocole N° 11 CEDH est désormais en vigueur. Ainsi, la Commission, et avec elle ce risque concret de divergence, ne sont plus⁷³².

Si, en principe, le contrôle conventionnel des voies légales internes concerne aussi bien le droit formel que matériel, la Cour, à quelques exceptions près, se cantonne, en pratique, à vérifier si la procédure de placement s'est déroulée comme le prescrit la loi⁷³³. Il s'agit alors d'un contrôle de «légalité formelle», limité aux vices essentiels de forme et de compétence⁷³⁴. Déterminer si les motifs autorisant le placement sont conformes ou non à la Convention, relève plutôt de la régularité de la détention. Même ainsi, il n'existe pas de véritable contrôle matériel de l'hospitalisation, à savoir un contrôle de la matérialité, ou de la qualification juridique des faits à la base de la décision de placement. Ceci est l'objet du chapitre qui suit.

2) L'exigence de régularité

D'une façon générale, il faut entendre par détention régulière au sens de la Convention une détention qui n'est pas arbitraire⁷³⁵. Comme nous venons de le voir, l'adjectif «régulier» implique alors également la conformité au droit interne puisque une détention doit tout d'abord respecter le droit interne de fond comme de forme pour ne pas être arbitraire. Ce respect n'est cependant pas suffisant à lui seul sous peine pour le contrôle conventionnel de pouvoir être facilement déjoué par le législateur interne.

Une détention qui ne soit pas arbitraire suppose également la conformité à la Convention et au but des restrictions autorisées par l'art. 5 CEDH, et l'art. 18 CEDH le rappelle haut et fort⁷³⁶. Une telle conformité vise aussi bien

⁷³² Supra, Introduction générale.

⁷³³ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, §§ 45-46.

⁷³⁴ DOURAKI (1), pp. 230-231.

⁷³⁵ CourEDH, affaire Kenmache c. France, arrêt du 24 décembre 1994, § 42 et CourEDH, affaire Bozano c. France, arrêt du 18 décembre 1986, § 54.

⁷³⁶ CourEDH, affaire R. L. et M.-J. D. c. France, arrêt du 19 mai 2004, §§ 112-117; CourEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, arrêt du 24 septembre 1992, § 63; CourEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, arrêt du 27 septembre 1990, § 24; CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990, § 22; CourEDH, affaire Bouamar c. Belgique, arrêt du 29 février 1988, § 47; CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 43; CourEDH, affaire Ashingdane c. Royaume Uni, arrêt du 28 mai 1985, § 44; CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 39 ainsi que CourEDH, affaire Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt du 8 juin 1976, § 68.

les règles procédurales que les règles de fond⁷³⁷. En effet, comme le suggèrent notamment VELU et ERGEC «la régularité de la privation de liberté [...] serait une pure redondance si elle se bornait aux règles procédurales»⁷³⁸.

La détention autorisée par la let. e) de l'art. 5 CEDH a comme but le traitement de l'individu pour sa protection ainsi que celle de l'ordre public. La jurisprudence strasbourgeoise impose au droit interne de respecter des conditions minimales qui sont actuellement au nombre de quatre.

La jurisprudence *Winterwerp c. Pays-Bas*⁷³⁹ a consacré les trois premières, qui ont encouragé, voire clairement ouvert, la voie à la révolution européenne dans la protection du malade mental hospitalisé de force. Pour que le placement soit régulier, l'aliénation doit être établie de manière probante à l'aide d'une expertise médicale objective (i), les troubles mentaux réels doivent revêtir un caractère ou une ampleur propre à légitimer l'internement (ii) et l'internement ne doit pas se prolonger sans la persistance de ces troubles (iii)⁷⁴⁰.

Plus tard, à l'occasion de l'arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni*⁷⁴¹, la Cour a esquissé une quatrième condition actuellement en pleine évolution: la privation de liberté doit être exécutée dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié et habilité (iv).

Comme preuve de leur portée absolue, il convient de relever que ces conditions valent aussi bien pour la détention du malade mental délinquant que pour celle du non délinquant⁷⁴² et qu'elles sont les éléments constitutifs de la définition du placement involontaire telle que donnée par la Recommandation N° R (83) 2⁷⁴³ et la Recommandation N° REC(2004)10⁷⁴⁴, cette dernière pré-

⁷³⁷ Pour un rappel des conditions de privation de liberté, supra, II^e Partie, section A, sous-section b).

⁷³⁸ VELU/ERGEC, p. 255; ainsi que FAWCETT, p. 68; SUDRE (2), p. 567; CourEDH, affaire Bouamar c. Belgique, arrêt du 29 février 1988, § 47 et CourEDH, affaire Monnel et Morris c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 50.

⁷³⁹ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979.

⁷⁴⁰ La Commission avait progressivement préparé la voie à ce que désormais on appelle «les conditions de Winterwerp» (*Winterwerp's Requirements*). Peu de temps avant l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas, elle avait dû examiner à trois reprises la régularité de la détention au sens de la let. e) de l'art. 5 CEDH. Elle avait conclu que l'exigence de régularité contenue à la let. e) ne fixait pas de garanties minimales de procédure mais renvoyait au droit national, tout en affirmant néanmoins qu'un malade mental «ne doit pas être détenu et encore moins être maintenu en détention pour être traité sans qu'il ait été établi et confirmé médicalement que son état mental justifie une prolongation de la détention». C'est sur la base des législations examinées que la Commission avait pu faire cette dernière affirmation et ouvrir la voie à la jurisprudence de la Cour, CommEDH, req. 6692/74, X c. Belgique, DR 2, p. 108; CommEDH, req. 6859/74 X c. Belgique, DR 3, p. 139 et CommEDH, req. 6852/74, X c. Pays-Bas, DR 15, p. 5.

⁷⁴¹ CourEDH, affaire Ashingdane c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985.

⁷⁴² CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 41.

⁷⁴³ Art. 1 al. 2 de la Recommandation N° R (83) 2.

⁷⁴⁴ Art. 17 et 20 de la Recommandation N° REC(2004)10.

cédée à cet égard par le «Livre blanc»⁷⁴⁵. La Recommandation 1235 (1994), en revanche, est plus expéditive. Adoptée à une époque où les principes de protection fondamentaux étaient désormais connus⁷⁴⁶, elle met surtout l'accent sur des problématiques nouvelles, qui exigent un effort supplémentaire⁷⁴⁷.

La portée universelle desdites garanties de régularité trouve également confirmation dans les autres textes internationaux en la matière. Les principes des Nations Unies, notamment, reprennent presque mot à mot les conditions codifiées dans l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas. Dans l'air du temps, ils accordent également une attention particulière au placement ordonné pour éviter une détérioration grave de la situation psychique et physique de l'intéressé⁷⁴⁸. Les Dix Principes de l'OMS sont à ce propos d'une grande modernité puisqu'ils traitent de la régularité du placement forcé sous le chapitre «dispensation des soins de santé mentale les moins restrictifs». Les critères conventionnels ne sont traités qu'en second plan en regard de la problématique d'administrer le traitement le moins coercitif et le plus efficace compte tenu de l'état du patient⁷⁴⁹.

Les conditions de régularité précitées ont également été codifiées dans la majorité des textes législatifs nationaux. C'est le cas notamment en France, en Italie, en Suisse, aux Pays-Bas, en Belgique et au Royaume-Uni.

Lors du contrôle de leur respect, la Cour se borne à examiner le cas concret, en refusant autant que possible un contrôle abstrait de la législation en cause. Ce *jus commune* européen⁷⁵⁰, élaboré à partir des conditions conventionnelles minimales, naît de la nécessité de s'assurer que les Etats se conforment à une notion objective et, donc, autonome de la régularité d'un internement psychiatrique. Cette notion possède, par ailleurs, un caractère autant protéiforme qu'évolutif, ce qui fait sa richesse et permet de l'étendre en fonction des besoins du moment.

⁷⁴⁵ «Livre blanc», notamment la note liminaire.

⁷⁴⁶ La Recommandation 1235 (1994) se borne à rappeler que le placement non volontaire doit revêtir un caractère exceptionnel et doit être ordonné s'il existe un danger grave pour le patient lui-même ou pour autrui. Elle indique néanmoins que le critère de dangerosité inclut celui de traitement, art. 7 par. 1 let a). Un tel «minimalisme» s'explique peut-être parce que le texte en question invite les organes de Strasbourg à rédiger et adopter une nouvelle recommandation plus complète et actuelle que la Recommandation N°R (83) 2. Ce qui a été fait avec l'adoption de la Recommandation N° REC(2004)10.

⁷⁴⁷ La Recommandation 1235 (1994) se concentre essentiellement sur la problématique du traitement ainsi que des abus médicaux en psychiatrie, problématique qui constitue le vrai débat d'aujourd'hui.

⁷⁴⁸ Principe 16 al. 1 des Principes des Nations Unies.

⁷⁴⁹ Principe 4 des Dix Principes de l'OMS.

⁷⁵⁰ Sur cette notion, OST, p. 455. Pour en savoir plus, aussi GANSHOF VAN DER MEERSCH, pp. 201-220; BERNHARDT, pp. 65-71; De SALVIA (1), pp. 555-563 et MELCHIOR, pp. 411-419.

La jurisprudence récente met en exergue le caractère évolutif et surtout casuistique des principes de régularité ainsi que l'interdépendance avec d'autres garanties conventionnelles. A l'occasion de l'affaire *Erkalo c. Pays-Bas*⁷⁵¹, ainsi qu'auparavant dans l'affaire *Johnson c. Royaume-Uni*⁷⁵², la Cour a souligné qu'une détention, pour être régulière, doit être assortie de garanties adéquates permettant d'assurer que l'élargissement de l'intéressé ne soit pas reporté déraisonnablement. Cette condition se recoupe en partie, sans toutefois s'assimiler, aux garanties juridictionnelles prévues à l'art. 5 al. 4 CEDH qui seront examinées plus loin⁷⁵³. A ce stade, il suffit d'indiquer que, pour ne pas être arbitraire, l'hospitalisation doit également être ordonnée en respectant une procédure équitable. En outre, une fois ordonnée, ces mêmes garanties de procédure doivent permettre un contrôle régulier de la proportionnalité de la mesure.

Ce qui précède ayant été précisé, il convient maintenant d'analyser une par une les conditions de régularité.

i) L'existence d'un trouble mental

La première condition de régularité relative à la détention d'un malade mental commande que l'aliénation de ce dernier ait été établie, devant l'autorité nationale compétente (i.a), de manière probante à l'aide d'une expertise médicale objective (i.b).

i.a) L'autorité nationale compétente

L'autorité compétente étant la même que celle examinée dans le chapitre sur la légalité, à ce stade aucune remarque particulière ne s'impose si ce n'est qu'un bref rappel⁷⁵⁴.

En fonction du système adopté par la législation nationale, l'autorité compétente peut être un tribunal, une autorité administrative, une instance médicale ou un mélange des trois. A cet égard, chaque Etat est libre. La notion conventionnelle d'autorité compétente doit ainsi être interprétée de façon très large, de sorte qu'elle englobe toutes les particularités nationales.

Nous en voulons pour preuve que les Dix Principes de l'OMS se réfèrent d'une manière très générale à un «Décideur qualifié», lequel – qu'il s'agisse d'un juge ou d'une autre autorité – doit être compétent, suffisamment informé, indépendant et impartial. Idéalement, poursuivent les Principes, un

⁷⁵¹ CourEDH, affaire *Erkalo c. Pays-Bas*, arrêt du 2 septembre 1998, § 57.

⁷⁵² CourEDH, affaire *Johnson c. Royaume Uni*, arrêt du 24 octobre 1997, §§ 58-67.

⁷⁵³ *Infra*, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3, ii).

⁷⁵⁴ *Supra*, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 1, ii).

organe de décision doit être composé de plus d'une personne, par exemple trois, chacune étant choisie dans une discipline pertinente différente. Il est de plus prévu que, pour garantir les trois qualités essentielles du décideur, il faut assurer une formation initiale et continue dans les «disciplines pertinentes», récuser le décideur ayant un intérêt personnel direct dans la décision en cause et octroyer une rémunération suffisante afin de garantir son indépendance⁷⁵⁵. Il est utile de rappeler que les Principes des Nations Unies se bornent à employer les termes de «praticien de santé mentale qualifié et habilité à cette fin par la loi»⁷⁵⁶.

Quelle que soit sa dénomination ou sa composition, l'autorité nationale compétente ne peut décider sans prendre en compte les résultats d'une expertise médicale objective.

i.b) L'expertise médicale objective: le pivot du système

Le noyau dur de la première condition de régularité n'est pas seulement constitué par la composition de l'autorité compétente, mais plutôt par l'exigence – en dehors des cas d'urgence⁷⁵⁷ – d'établir l'aliénation de manière probante à travers une expertise médicale objective⁷⁵⁸.

Il convient de se pencher plus longuement sur l'exigence d'une expertise médicale objective pour une double raison. D'une part, elle permet de combattre les abus en matière d'hospitalisation et, notamment, d'éviter que l'intéressé ne soit interné du fait d'un simple intérêt de sa famille ou de son entourage, car «une détention fondée uniquement sur les déclarations de parents ou voisins du malade présente un risque considérable d'abus»⁷⁵⁹. D'autre part – cela est essentiel –, elle fournit les preuves matérielles appuyant scientifiquement le diagnostic de maladie mentale. Elle astreint notamment les psychiatres à justifier leur «verdict» en se basant sur des critères comportementaux les plus objectifs possible⁷⁶⁰.

⁷⁵⁵ Principe 9 des Dix Principes de l'OMS.

⁷⁵⁶ Principe 16 al. 1 des Principes des Nations Unies. Le Projet DAES proposait à l'art. 17 une version «médico-juridictionnelle»: la décision de placer d'office un patient dans un établissement psychiatrique devait être prise par le tribunal ordinaire compétent ou par le tribunal psychiatrique compétent après une préparation appropriée du cas et une procédure orale régulière.

⁷⁵⁷ CourEDH, affaire R. L. et M.-J. D. c. France, arrêt du 19 mai 2004, §§ 112-117 ainsi que infra II^e Partie, section C, sous-section c), par. 3.

⁷⁵⁸ CourEDH, affaire Herz c. Allemagne, arrêt du 12 juin 2003, § 47 et renvois. Dans un petit nombre de pays seulement, une personne peut-être internée de force sur simple établissement d'un certificat par un médecin qualifié attestant la nécessité d'un traitement sans qu'une maladie mentale n'ait été préalablement diagnostiquée. Voir Doc. ONU, A/58/181, du 24 juillet 2003, point IV, par. 30 *in fine* qui cite comme exemple le Costa Rica et le Mexique.

⁷⁵⁹ CommEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, avis du 15 novembre 1977, § 76.

⁷⁶⁰ Sur la distinction entre certificat médical et expertise, HARDING (5), surtout aux pp. 191-194. Sur la notion d'expertise psychiatrique en général, OSTERWALDER, pp. 129-141.

C'est justement cette recherche d'objectivité dans le diagnostic qui fait de l'exigence de l'expertise médicale objective le fondement de toute procédure d'internement justifié. Son importance grandissante illustre d'ailleurs l'évolution de l'hospitalisation motivée par de pures raisons de police, centrée exclusivement sur le danger pour autrui occasionné par le malade mental, à ce qui est appelé aujourd'hui la médicalisation du placement involontaire basée sur le besoin thérapeutique de celui-ci⁷⁶¹. Il va de soi que la notion de médicalisation du placement involontaire se réfère au but du placement; en aucun cas cette notion ne peut être comprise comme la délégation aux autorités médicales d'un plein pouvoir décisionnel.

L'expertise médicale objective d'aujourd'hui doit être de qualité (i.b.a). L'expert doit satisfaire des critères d'indépendance et d'impartialité (i.b.b). Le juge garde intact le droit de se départir des conclusions d'une expertise mais il doit motiver sa décision (i.b.c). Les législations européennes s'alignent sur ces principes (i.b.d).

i.b.a) La qualité objective de l'expertise

Selon DOURAKI, l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*⁷⁶² reflète l'importance de l'évolution et des progrès scientifiques dans le domaine du traitement des malades mentaux, car il fait apparaître le rôle du médecin spécialiste lors de la prise de la décision⁷⁶³.

Cette opinion peut être partagée, dans la mesure où, aujourd'hui, une expertise établie par un médecin généraliste, en l'absence de toute urgence, ne serait vraisemblablement pas considérée comme objective par les organes de la Convention. En l'état, la jurisprudence conventionnelle n'exige toutefois pas expressément que l'expertise soit établie par un psychiatre. N'oublions pas que dans l'affaire *Winterwerp* précitée, l'internement provisoire avait été ordonné par le Juge de paix sur demande de la femme du requérant au seul vu d'une déclaration du médecin généraliste; ceci avait suffi à la Cour pour considérer la procédure comme régulière⁷⁶⁴.

Les mentalités juridiques évoluent néanmoins.

⁷⁶¹ Dans ce sens, DOURAKI (1), p. 225.

⁷⁶² CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979.

⁷⁶³ DOURAKI (1), p. 225.

⁷⁶⁴ CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, §§ 23 et 42. Il existe toutefois une décision de la Commission déclarant recevable une requête introduite par une personne internée par un tribunal qui, sans l'entendre, s'était fondé sur les déclarations d'un médecin non spécialisé. La Commission n'avait pas eu à entrer en matière sur le fond, car le Gouvernement avait reconnu la violation, CommEDH, req. 10518/83, *Schuurs c. Pays-Bas*, DR 38, p. 206, ainsi que le rapport sur le règlement amiable DR 41, p. 187. Voir aussi CommEDH, req. 10535/83, *Raymonda S. M. F. Van Waegeningh c. Pays-Bas*, relative à des faits semblables.

Récemment, la Cour a indiqué que l'avis médical préalable à tout internement doit être établi par un «médecin expert», sans toutefois fournir d'autres précisions⁷⁶⁵. Le «Livre blanc» suggère que la décision de placement involontaire doit être prise par un psychiatre ou par un médecin «possédant l'expérience et la compétence requises»⁷⁶⁶. La Recommandation N° REC(2004)10 utilise les mêmes termes et impose l'intervention d'un médecin spécialisé comme critère fondamental de régularité⁷⁶⁷. Par médecin « possédant l'expérience et la compétence requises», il faut comprendre «un médecin qui n'est pas nécessairement un psychiatre, ce qui peut fort bien être le cas dans des situations d'urgence, mais qui possède une expérience suffisante pour traiter des questions médicales et administratives soulevées dans le cas du placement ou du traitement involontaires»⁷⁶⁸. A la teneur d'une telle définition, il apparaît possible de conclure qu'à l'exception des situations d'urgence, la décision de placement forcé revient exclusivement à un psychiatre⁷⁶⁹. Par psychiatre, il faut entendre «un médecin au bénéfice d'une expertise spéciale en matière d'évaluation, de diagnostic et de traitement des troubles mentaux»⁷⁷⁰.

A cet égard, le droit suisse est en retard. Ni la loi ni la jurisprudence n'exigent que l'expert au sens de l'art. 397e ch. 5 CCS soit un psychiatre⁷⁷¹. Cela est regrettable dans la mesure où les questions devant être résolues, complexes et spécifiques, ne peuvent pas être traitées de manière adéquate par un médecin non spécialisé. Le TF a néanmoins précisé que ce médecin doit être capable d'établir un rapport objectif parce qu'il dispose des connaissances psychiatriques nécessaires⁷⁷². Nous restons cependant convaincus qu'un placement ordonné en raison de troubles mentaux doit pouvoir se fonder sur le diagnostic d'un psychiatre agréé⁷⁷³ à tout le moins en

⁷⁶⁵ CourEDH, affaire R. L. et M.-J. D. c. France, arrêt du 19 mai 2004, § 117.

⁷⁶⁶ «Livre blanc», point 4.

⁷⁶⁷ Art. 20 al. 4 de la Recommandation N° REC(2004)10.

⁷⁶⁸ «Livre blanc», Glossaire ainsi que l'Exposé des motifs de la Recommandation N° REC(2004)10, § 156.

⁷⁶⁹ Dans ce sens, notamment, l'Exposé des motifs de la Recommandation N° REC(2004)10, § 156.

⁷⁷⁰ «Livre blanc», Glossaire.

⁷⁷¹ Le message du Conseil fédéral se réfère indistinctement aux «médecins ou psychiatres uniquement», FF 1977 III 37. A Genève, seul «un médecin inscrit dans le registre de sa profession, un médecin de l'institut universitaire de médecine légale ou un médecin des établissements publics médicaux, à l'exception des médecins assistants» peut établir un certificat médical. Ce médecin ne sera toutefois pas nécessairement un psychiatre.

⁷⁷² ATF 119 II 319 consid. 2

⁷⁷³ Il existe dans certaines législations des listes d'experts «agréés» ou «accrédités» auprès des tribunaux. Le fait d'y figurer constitue, ou à tout le moins le devrait, une garantie de professionnalisme et de spécialisation. En France, par exemple, il existe une liste pour les Cours d'appel et de cassation ainsi qu'une liste nationale. Ces listes sont publiques, l'inscription étant subordonnée à l'existence de critères tels que l'indépendance, les qualités professionnelles, l'âge etc. Elles sont revues chaque année pour s'assurer que les inscrits possèdent encore les qualifications requises et que les obligations imposées sont toujours respectées, TRIBOLET/DESOUS, pp. 200-202.

l'absence d'une situation d'urgence. Exiger du médecin qu'il dispose des connaissances psychiatriques nécessaires, indépendamment de sa formulation trop vague, ne constitue pas un rempart suffisant contre des erreurs de diagnostic.

Quoi qu'il en soit, d'après la Convention, une hospitalisation motivée par une expertise médicale objective établissant l'aliénation du malade constitue une hospitalisation régulière. L'emploi de l'adjectif «objectif» pour qualifier l'expertise médicale peut surprendre. Le diagnostic psychiatrique dépend en grande partie de l'expérience et du sentiment du psychiatre, sans compter qu'il peut y avoir des diagnostics contradictoires concernant le même patient⁷⁷⁴. Suivant l'enseignement des antipsychiatres, une partie de la doctrine soutient d'ailleurs que l'objectivité en psychiatrie n'existe pas; tout diagnostic psychiatrique serait en réalité basé sur des jugements de valeur à caractère social et politique⁷⁷⁵.

Cette affirmation, quelque peu extrémiste, a néanmoins été codifiée dans le Rapport du Conseil de l'Europe sur les malades mentaux, lequel souligne que «même les médecins, auxquels il incombe d'habitude de décider en dernier ressort ce qui est soi-disant normal et ce qui ne l'est pas, ne constituent pas une catégorie distincte au sein de la société. Participant également à ses structures économiques et sociales, ils ont forcément leur philosophie et leur opinion religieuse [...]»⁷⁷⁶.

Aujourd'hui, aussi bien les Recommandations du Conseil de l'Europe⁷⁷⁷ que les Principes des Nations Unies⁷⁷⁸ ainsi que les Dix Principes de l'OMS⁷⁷⁹ précisent que l'expertise médicale objective se définit comme tout diagnostic strictement conforme aux données de la science médicale, soit aux normes médicales internationalement reconnues comme telles par la profession médicale au moment du diagnostic. Par ailleurs, la plupart des

⁷⁷⁴ Supra, I^e Partie, section B, sous-section c) ainsi que les références citées.

⁷⁷⁵ Supra, I^e Partie, section B, sous-section b), par. 2 et les références citées; ainsi que WACHENFELD, pp. 142-143.

⁷⁷⁶ Rapport sur la situation des malades mentaux, Conseil de l'Europe, Doc 4014, p. 8.

⁷⁷⁷ Art. 2 de la Recommandation N° R (83) 2 ainsi que l'Exposé des motifs, § 13 et art. 2 al. 1 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, §§ 18-20.

⁷⁷⁸ Principe 4 des Principes des Nations Unies. Lors de l'interprétation des garanties contenues dans la Convention, la Cour peut se référer aux Principes des Nations Unies en application de l'art. 53 (anciennement 60) CEDH.

⁷⁷⁹ Principe 3 des Dix Principes de l'OMS, qui se réfère d'une manière plus générale aux principes médicaux acceptés sur le plan international.

législations, dont celle de la Fédération de Russie⁷⁸⁰, s'en sont fortement inspirées⁷⁸¹.

Relevons également que, dans le cas d'une personne gravement atteinte dans son jugement par une maladie mentale, au point que l'absence d'un placement d'office entraînerait une grave détérioration de son état ou empêcherait que lui soit administré un traitement adéquat, les Principes des Nations Unies prévoient le recours à l'avis d'un deuxième praticien de santé mentale indépendant du premier⁷⁸². La raison est d'assurer une plus grande objectivité en fonction de la gravité des troubles et aussi du but recherché lors du placement.

C'est en somme à cause de ces normes médicales universellement reconnues et reproduites dans des manuels psychiatriques de référence, remis à jour périodiquement, que l'expertise peut se qualifier d'«objective». S'il est vrai que ces manuels constituent des outils de travail indispensables pour permettre de détecter le plus objectivement possible les troubles mentaux d'un patient donné, l'éthique psychiatrique exige que l'histoire médicale, les besoins du patient ainsi que l'expérience subjective du psychiatre guident ce dernier dans son diagnostic⁷⁸³.

Dans ces conditions, il est aisé de comprendre pourquoi la Cour préfère se limiter à qualifier l'expertise médicale d'objective sans fournir aucune autre indication. De surcroît, une plus ample précision sur la nature de cette expertise serait inutile puisque le contrôle conventionnel est limité et le diagnostic médical est présumé correct.

A plusieurs reprises, la Cour a affirmé n'avoir «aucun motif de douter de l'objectivité et de la solidité des avis médicaux produits»⁷⁸⁴. Comment pourrait-elle d'ailleurs en douter, étant donné qu'elle a répété maintes fois qu'«il

⁷⁸⁰ Art. 10 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie qui, sous le titre «Diagnostic et traitement des personnes atteintes de troubles mentaux», indique que le diagnostic des troubles mentaux est établi conformément aux normes internationales généralement acceptées et ne peut être fondé uniquement sur la non-conformité du citoyen aux valeurs morales, culturelles, politiques et religieuses admises dans la communauté ou pour d'autres motifs qui ne sont pas liés directement à l'état de santé mentale de l'intéressé. Le législateur russe, peut-être tirant profit des enseignements du passé, précise que les moyens et les méthodes médicaux autorisés ne peuvent être appliqués qu'à des fins thérapeutiques et de diagnostic en fonction de la nature des troubles pathologiques et qu'ils ne doivent pas être utilisés pour punir une personne atteinte de ces troubles ou dans l'intérêt de tiers.

⁷⁸¹ Voir également nos développements supra, I^e Partie, section D, sous-section d).

⁷⁸² Principe 16 al. 1 par. ii) des Principes des Nations Unies.

⁷⁸³ Cette problématique a été amplement développée lors de l'analyse de la notion médicale de maladie mentale, supra, I^e Partie, section B, surtout, sous-section c).

⁷⁸⁴ CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, § 38; CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981, § 46 et CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, § 42.

y a lieu de reconnaître aux autorités nationales un certain pouvoir discrétionnaire quand elles se prononcent sur l'internement d'un individu comme aliéné et il leur incombe au premier chef d'apprécier les preuves produites devant elles dans un cas donné»⁷⁸⁵, car «elles se trouvent mieux placées pour les apprécier»⁷⁸⁶. A l'occasion de l'affaire Herz c. Allemagne⁷⁸⁷, la Cour a même déclaré qu'il ne lui appartient pas de trancher un «simple problème d'appréciation» de plusieurs expertises médicales se contredisant au sujet de l'état de santé de l'intéressé, «ce qui relèverait en premier lieu de la compétence du juge national»⁷⁸⁸.

La Cour exige néanmoins que l'avis médical sur lequel se fonde la mesure d'internement soit actuel⁷⁸⁹ et, bien évidemment, suffisamment motivé⁷⁹⁰.

Lorsque la privation de liberté est ordonnée sans expertise, les juges conventionnels démontrent en revanche un degré de tolérance zéro.

Dans le cas Varbanov c. Bulgarie⁷⁹¹ la Cour a été confrontée à un internement ordonné pour une durée initiale de vingt jours sans qu'un médecin n'ait été consulté, quand bien même il n'y avait pas d'urgence.

Dans cette affaire, le requérant avait été l'objet d'une plainte pénale déposée par son ex-associé en affaires, qui alléguait qu'il souffrait de troubles mentaux et qu'il était dangereux, puisqu'il avait proféré des menaces de mort. Le Procureur avait ouvert aussitôt une enquête pénale et ordonné l'internement forcé dans un hôpital psychiatrique pendant vingt jours pour procéder à un examen psychiatrique et décider d'un éventuel traitement psychiatrique obligatoire. Une fois interné, le requérant, ne pouvant quitter sa chambre et étant attaché au lit toute la nuit, avait été soumis à plusieurs examens psychiatriques. Environ trois mois après, ayant été transféré entre-temps dans un hôpital général à cause d'une pneumonie, le requérant avait été autorisé

⁷⁸⁵ CourEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, arrêt du 24 septembre 1992, § 63; CourEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, arrêt du 27 septembre 1990, § 25 et CourEDH, Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, §§ 39-40.

⁷⁸⁶ CourEDH, affaire Rakevich c. Russie, arrêt du 24 mars 2004, §§ 26-30 et CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 43.

⁷⁸⁷ CourEDH, affaire Herz c. Allemagne, arrêt du 12 juin 2003.

⁷⁸⁸ Ibid., § 51, où la Cour était confrontée à l'examen de six expertises psychiatriques. Le juge interne avait ordonné l'internement dans une situation d'urgence sur la base du diagnostic obtenu par téléphone par le médecin traitant qui avait conclu à l'existence d'une psychose paranoïde.

⁷⁸⁹ Ibid., § 51; CourEDH, Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 22 février 2002, § 49. Selon cette jurisprudence, l'avis médical ou l'expertise doit être récent et, surtout, avoir été recueilli spécifiquement dans le cadre de la procédure litigieuse. Les autorités nationales ne peuvent pas se référer à des expertises produites dans d'autres procédures.

⁷⁹⁰ Dans ce sens, aussi ATF 121 IV 8 consid. 2c et ATF 128 IV 241 consid. 3 et 4 sur les exigences quant au degré d'actualité d'une expertise.

⁷⁹¹ Cour EDH, affaire Varbanov c. Bulgarie, arrêt du 5 octobre 2000.

à rentrer chez lui car «aucun traitement psychiatrique n'était nécessaire». Un mois après sa libération, les trois médecins qui l'avaient examiné lors du séjour à la clinique psychiatrique, avaient recommandé un traitement obligatoire «notamment parce que l'intéressé ne se rendait pas compte de son état, refusait toute forme de traitement volontaire et était extrêmement agressif»⁷⁹².

Confrontée à cet état de faits, la Cour a conclu – il ne pouvait raisonnablement en être autrement – au caractère irrégulier de la détention compte tenu de l'absence d'une expertise médicale objective la justifiant. Elle a réitéré que – sous réserve du cas d'urgence – l'internement doit être au préalable justifié par une expertise récente fondée sur l'état mental actuel du patient. Une telle expertise était d'autant plus nécessaire qu'en l'espèce le requérant n'avait pas d'antécédents de troubles psychiatriques. De surcroît, la Cour a souligné l'importance d'exiger une expertise avant l'internement. Il est vrai que le requérant avait été conduit dans une clinique psychiatrique, où il avait été examiné par des médecins. Toutefois, l'avis de ces médecins avait été requis après la décision d'internement. En d'autres termes, il n'avait pas été démontré qu'avant d'être placé, le requérant était un aliéné⁷⁹³.

L'importance pour les Juges de Strasbourg de l'établissement d'une expertise médicale objective transparaît dans la suite des considérants lorsque la législation interne est passée au peigne fin. La Cour a affirmé, en effet, que le droit applicable ne prévoyait pas la consultation d'un médecin comme condition préalable à la décision de détention en vue d'un examen psychiatrique obligatoire. Elle en a conclu que ce droit n'assurait pas le niveau de protection requis contre l'arbitraire. Au surplus, la compétence du Procureur d'ordonner la mesure litigieuse n'avait pas de base légale claire⁷⁹⁴. Les Juges conventionnels sont ainsi intervenus – ce qui est relativement rare – de façon assez précise.

Les effets d'une telle jurisprudence méritent néanmoins d'être nuancés.

Sous réserve de rares exceptions et du fait de la large marge d'appréciation laissée aux Etats⁷⁹⁵, la Cour ne sanctionnera qu'une expertise manifestement mal fondée⁷⁹⁶, ce qui constitue une hypothèse purement théorique en

⁷⁹² Ibid., §§ 8-27

⁷⁹³ Ibid., §§ 47-49.

⁷⁹⁴ Ibid., §§ 50-53.

⁷⁹⁵ La Cour parle dernièrement de «grande latitude», CourEDH, affaire Herz c. Allemagne, arrêt du 12 juin 2003, § 46. Voir également, CALLEWAERT (4), pp. 147-166; DE SALVIA (3), pp. 373-385; LORD MACKAY OF CLASHFERN, pp. 837-844; BREMS, pp. 240-314 ainsi que MAHONEY (2), pp. 1-6.

⁷⁹⁶ Dans une affaire concernant la France, la Commission avait déclaré manifestement mal fondé le grief de la requérante qui se plaignait que l'expert, après consultation du dossier, avait estimé qu'il n'était pas utile de l'examiner six ans après les faits, CommEDH, req. 20282/92, G. B. c. France.

raison de la particularité du diagnostic psychiatrique⁷⁹⁷. De plus, la Convention n'impose aucune garantie procédurale supplémentaire apte à assurer une plus grande objectivité dans l'expertise, telle que, par exemple, l'exigence d'une consultation de plusieurs psychiatres, l'institution du recours automatique à la contre-expertise et à la confrontation directe avec le patient, ou l'obligation pour les psychiatres uniquement, en excluant les généralistes, d'établir le diagnostic. Au contraire, tout cela est laissé aux soins de chaque Etat qui peut, selon sa propre «conscience juridique», prévoir une protection plus étendue⁷⁹⁸.

A cet égard, il est regrettable de constater qu'en droit suisse, l'établissement d'une expertise médicale objective ne sera pas requis systématiquement. Tel n'est en effet pas le cas lors d'une procédure administrative d'internement lorsqu'il existe une double instance judiciaire et que la décision de première instance a déjà été prise avec le concours d'un expert⁷⁹⁹. Il en va de même lors du contrôle judiciaire de l'internement ordonné dans le cadre d'une procédure pénale, où la nécessité de recueillir l'avis d'un expert indépendant doit être décidée en fonction des circonstances concrètes⁸⁰⁰. Ce pragmatisme peut se révéler dangereux. Récemment, par exemple, confronté au cas d'un interné condamné pour escroquerie par métier – qui évoluait de manière constante dans la délinquance depuis plus de vingt ans malgré les nombreuses périodes de détention subies et dont rien ne permettait de supposer un changement d'attitude – le TF a jugé que le droit fédéral n'est pas violé lorsque le juge renonce à ordonner une nouvelle expertise et se réfère à une expertise vieille de cinq ans dans la mesure où les psychiatres de l'établissement pénitentiaire la considèrent toujours d'actualité⁸⁰¹.

⁷⁹⁷ Pour interner les dissidents politiques, les psychiatres soviétiques de l'Ex-URSS avaient élaboré des critères aptes à fonder scientifiquement leur diagnostic. Personne n'y voyait un diagnostic mal fondé! Supra, I^e Partie, section D, sous-section d), par. 1, i), ainsi que les références citées.

⁷⁹⁸ Dans une affaire, qui s'est conclue par un règlement amiable, la requérante avait été hospitalisée contre son gré dans un établissement psychiatrique à la suite d'un «examen» sans auscultation ni entretien, CommEDH, req. 24196/94, affaire Mary O'Reilly c. Irlande. Dans ce cas, l'internement avait eu lieu sous impulsion du mari, vraisemblablement fatigué des difficultés et des disputes conjugales. Le Gouvernement irlandais a accepté de verser à la requérante 14'000 livres irlandaises à titre d'indemnisation.

⁷⁹⁹ ATF 128 III 12 consid. 4c. Il va de soit qu'avant d'ordonner l'internement, l'intéressé doit être soumis à une expertise, ATF 118 IV 105 consid. 1e. Cette exigence est maintenue sous le nouveau droit et concerne toutes les mesures thérapeutiques, art. 56 al. 3 nCPS.

⁸⁰⁰ ATF 121 IV 1. Dans cette affaire, les Juges de Mon Repos se sont néanmoins demandés si, compte tenu des circonstances d'espèce –l'intéressé était interné depuis dix ans–, il aurait fallu requérir l'avis d'un expert indépendant dans le cadre du contrôle d'office de l'internement en application de l'art. 45 CPS. La question a toutefois été laissée ouverte puisque le recourant n'avait pas déposé de requête en ce sens auprès des instances cantonales (sic!).

⁸⁰¹ Arrêt du TF du 1^{er} mars 2002 [6S.52/2002] en la cause S. P. c. canton de Vaud, consid. 2c-2d. D'une manière générale et selon la jurisprudence constante, la question de la valeur d'une expertise antérieure se pose chaque fois qu'il s'est écoulé un certain temps depuis ladite ex-

Si le droit international esquisse les principes, leur développement se concrétise le plus souvent au sein des ordres juridiques nationaux. Il en va de même des principes d'indépendance et d'impartialité de l'expertise et du pouvoir du juge de se départir des conclusions de celle-ci.

i.b.b) Les principes d'indépendance et d'impartialité

Pour être objective, une expertise médicale doit également répondre à des critères d'indépendance et d'impartialité. Ces critères ont été développés en droit interne.

Le droit suisse, qui nous est le plus proche, prévoit que la décision d'ordonner ou de poursuivre une privation de liberté à des fins d'assistance ne doit être prise qu'avec le concours d'un expert⁸⁰². Cet expert doit être indépendant – en particulier des parties intéressées y compris les autorités – de même qu'impartial ou exempt de toute prévention, à savoir qu'il ne doit pas s'être déjà prononcé sur l'état mental de l'intéressé durant la même procédure.

A cet égard et s'agissant des médecins opérant au sein de l'établissement public, le TF fait une distinction qui mérite d'être énoncée. Lors de la première hospitalisation, le diagnostic de santé mentale et de dangerosité peut être établi par les médecins qualifiés de l'établissement clinique concerné. Quand bien même ces médecins, en règle générale des fonctionnaires, se trouvent dans une relation de dépendance vis-à-vis de l'Etat ordonnant l'internement, ce seul élément ne permet pas douter de leur indépendance ni de leur impartialité⁸⁰³. En revanche, l'avis d'un expert extérieur à l'établissement de détention est impératif notamment si l'intéressé a été interné à plusieurs reprises dans la même clinique en raison de faits toujours identiques ou lors d'une demande de mise en liberté. Dans ces cas, le TF souligne clairement que l'«honnêteté», ou mieux l'«indépendance», subjective de l'expert n'est pas suffisante puisqu'il y a une apparence de partialité. Le TF se réfère ainsi aux mêmes conditions d'impartialité exigées pour les juges⁸⁰⁴, ce qui exclut d'emblée toute autre participation, à quelque titre que ce soit, dans

pertise. Une nouvelle expertise ne sera nécessaire qu'en cas de survenance de circonstances ultérieures à la première expertise incitant le juge à douter si celle-ci peut encore être prise pour fondement; ou si des doutes si pressants à son sujet surgissent qu'ils ne peuvent absolument pas être écartés, ATF 78 IV 55 et art. 13 CPS. Le recours à une expertise indépendante lors du contrôle périodique du placement et de l'internement est toutefois expressément prévu aux art. 62d al. 2 et 64b al. 2 nCPS.

⁸⁰² Art. 397e ch. 5 CCS.

⁸⁰³ ATF 118 II 249 consid. 2a *in fine*.

⁸⁰⁴ ATF du 12 décembre 2001 [5P.19/2001] en la cause S. c. canton Berne, consid. 3a ainsi que l'art. 66 du Code de procédure pénale genevoise, E 35, qui prévoit la récusation des experts pour les mêmes motifs que les juges.

une même procédure⁸⁰⁵. En d'autres termes, les médecins qualifiés de l'établissement public ne pourront pas établir valablement le certificat exigé pour l'internement.

Cette exigence est par ailleurs connue de la plupart des législations européennes⁸⁰⁶. Il est intéressant de relever qu'à Genève, le législateur a préféré éviter tout problème en prévoyant que les «médecins de l'établissement d'accueil» ne peuvent pas établir le certificat médical qui fonde l'hospitalisation⁸⁰⁷.

La solution genevoise est à suivre, à tout le moins pour lutter au mieux contre les effets de ce que la doctrine appelle la «présomption d'exactitude» d'un diagnostic de santé mentale établi par le fonctionnaire d'un établissement spécialisé⁸⁰⁸ ainsi que du mythe de la neutralité de l'expert. Dans une vision pas nécessairement pessimiste, ce dernier se trouve confronté dans la majorité des cas à défendre plus sa propre opinion que l'objectivité de son diagnostic⁸⁰⁹.

L'exclusion du rang d'expert du médecin traitant, celui-ci étant, au même titre qu'un ami ou un consultant privé, susceptible de perdre son impartialité, constitue le corollaire du critère d'indépendance et d'impartialité dans la recherche d'un diagnostic objectif⁸¹⁰. La nouvelle partie générale du Code pénal suisse le prévoit par ailleurs expressément⁸¹¹. Par ailleurs, selon les

⁸⁰⁵ ATF 118 II 249 consid. 2 - 2c. Il suffit que les circonstances objectives donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle de l'expert. Toutefois, seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération; les impressions purement individuelles voir subjectives d'une des parties ne sont pas décisives, PIQUEREZ, p. 466.

⁸⁰⁶ Tel est le cas notamment en Belgique, qui connaît cependant une exception lorsque le médecin a établi en qualité d'expert un rapport sur l'état mental de l'interné au cours de la procédure ayant entraîné le placement. Dans ce cas, la participation ultérieure de ce médecin comme membre de la Commission de défense sociale amenée à statuer sur la mise en liberté ne viole pas le principe général selon lequel nul ne peut être à la fois juge et expert, à la condition toutefois qu'il soit recueilli l'avis d'un autre expert, LURQUIN, pp. 66 et 223-225.

⁸⁰⁷ Art. 24 et 25 de la Loi genevoise K 1 25.

⁸⁰⁸ A cet égard, STEFAN cite la Cour suprême américaine et souligne que «Professional's decisions in the institutional setting are presumptively valid [...] and are unconstitutional if the decision by the professional is such a substantial departure from accepted professional judgment, practice, or standards as to demonstrate that the person responsible actually did not base the decision on such a judgment». STEFAN, pp. 642, 646 et 647. Elle poursuit en relevant que ceci est d'autant plus dangereux pour la protection du malade mental que les médecins dans les hôpitaux publics aux Etats Unis ont une formation d'une qualité moindre que celle de leurs collègues exerçant dans le privé, Ibid. pp. 655-658.

⁸⁰⁹ LURQUIN rappelle que l'expertise médicale comporte une part d'erreur aléatoire; ainsi «ce qui est absolu ce n'est pas la preuve, c'est la conviction de l'expert», LURQUIN, p. 13. Par ailleurs, une étude expérimentale démontre que les psychiatres, surtout en ce qui concerne les malades mentaux délinquants, se laissent influencer dans leur pronostic de dangerosité par le degré de gravité de l'acte criminel commis, MIELKA, pp. 17-19

⁸¹⁰ LURQUIN, p. 66; TRIBOLET/DESOUZ, p. 203 et PIQUEREZ, p. 466.

⁸¹¹ Les art. 56 al. 4, 62d al. 2 et 64b al 2 nCPS *in fine* exigent que les experts ainsi que les représentants des milieux de la psychiatrie qui ont à se prononcer sur le cas ne «doivent avoir traité l'auteur ni s'être occupés de lui d'une quelconque manière». Voir aussi FF 2000 7674.

règles déontologiques de la profession, un médecin ne peut cumuler à la fois l'identité de médecin thérapeute et celle de médecin-expert⁸¹².

Le médecin traitant devrait néanmoins être consulté par l'expert indépendant lors de l'élaboration de l'expertise ou, à tout le moins, être entendu au plus tard lors du débat contradictoire. En effet, lors de l'établissement d'un diagnostic de santé mentale, le passé médical du malade mental ainsi que son évolution caractérielle peuvent se révéler déterminants. Il en résulte la nécessité de consulter les médecins (généralistes ou psychiatres) ayant soigné l'intéressé. Une telle consultation a l'avantage de sauvegarder la relation patient-médecin et le rapport de confiance qui doit exister entre le malade mental et le médecin traitant, ce dernier restant ainsi en quelque sorte formellement neutre, se limitant à un rôle purement thérapeutique⁸¹³. Le médecin traitant ne sera en effet pas tenu de renseigner l'autorité de tout ce qu'il sait ou observe dans le cadre de l'expertise même si celle-ci est défavorable à son patient.

Indépendamment des exigences quant à la qualité d'une expertise – ou de l'expert –, le juge doit se déterminer librement sur la nécessité ainsi que sur les résultats de celle-ci.

i.b.c) L'expert et le juge

Il est incontesté que le juge demeure libre de décider de l'opportunité d'ordonner une expertise psychiatrique⁸¹⁴ et de s'écarter des conclusions de l'expert désigné.

La possibilité pour le juge de s'écarter des résultats de l'expertise est soumise toutefois à des conditions bien précises⁸¹⁵.

En droit suisse notamment, le juge pourra ne pas suivre l'avis de l'expert s'il constate une contradiction à l'intérieur de l'expertise, ou une contradiction entre les faits établis dans le cadre de la procédure et retenus dans l'expertise, ou si la question à trancher est juridique et non médicale⁸¹⁶. Il va de soi que la décision du juge devra être dûment motivée. Ces conditions alternatives constituent un garde-fou contre le pouvoir des magistrats exerçant

⁸¹² Pour approfondir avec un regard porté vers le droit suisse et genevois, JUNG, pp. 45-47 et les références citées.

⁸¹³ Dans ce sens, HARDING (5), p. 195

⁸¹⁴ ATF du 19 octobre 1990 [6S.340/1990] en la cause Z. c. canton Genève; ATF 80 IV 1 et 76 IV 34.

⁸¹⁵ ATF 118 IV 105 consid. 1e et arrêt de la Cour de cassation du canton de Genève du 28 février 1997, SJ 1998 125. Pour la France, TRIBOLET/DESOUS, p. 203. En Belgique, toute expertise judiciaire est soumise à l'appréciation souveraine du juge, lequel s'il rejette le rapport d'expertise doit, d'une part, motiver sa décision et, d'autre part, ne pas prêter à l'expert une opinion qu'il n'a pas émise, LURQUIN, p. 235.

⁸¹⁶ ATF 101 IV 129 consid. 3a et ATF 118 la 144 consid. 2.

notamment dans le cadre de la répression pénale. Elles sont formulées de manière vague à dessein, puisqu'elles doivent avoir une portée générale qui s'adapte à toute casuistique. Il n'en demeure pas moins que face à un diagnostic de maladie mentale et de dangerosité, techniquement complexe, ces conditions doivent être appliquées avec circonspection. Au lieu de s'écarter des conclusions de l'expert, le juge devrait dans un premier temps plutôt s'évertuer à éclaircir les contradictions et/ou les éléments encore obscurs, éventuellement en ordonnant un complément d'expertise.

Un cas genevois permet d'illustrer ce qui précède. La Chambre d'accusation avait ordonné l'internement d'un meurtrier reconnu irresponsable en s'écarter des conclusions de l'expert qui avait admis la dangerosité de l'intéressé, mais avait préconisé plutôt un traitement sous forme d'hospitalisation. Le meurtrier en question avait poignardé à deux reprises un ami. Alors que ce dernier agonisait, il s'était agenouillé sur lui, l'avait embrassé et avait uriné sur ses mains à des fins – disait-il – de purification.

La Chambre genevoise avait motivé sa décision de s'écarter des conclusions de l'expert principalement en raison d'impératifs de sécurité, qui n'auraient pas pu être assurés autrement que par un internement. Ladite Chambre ne s'était pas souciée du fait que l'expertise recommandait sans ambiguïté un traitement médical, qui aurait éliminé ou atténué le danger de voir l'inculpé commettre d'autres actes punissables.

La Cour de cassation cantonale a validé la décision des premiers juges en se référant à la jurisprudence constante selon laquelle le choix d'une mesure d'internement, de même que la question de savoir si le délinquant compromet gravement la sécurité publique, relèvent du «droit»⁸¹⁷. Pour motiver ses considérations, elle s'est appuyée sur le fait que l'expert ne s'était pas prononcé de manière claire sur l'imminence du danger. En d'autres termes, les juges genevois, face à l'incertitude de l'évolution de l'intéressé – incertitude semble-t-il également constatée par l'expert – n'ont pas voulu courir des risques et ont opéré une pesée d'intérêts à faveur de la sécurité publique.

⁸¹⁷ Arrêt de la Cour de cassation du canton de Genève du 28 février 1997, SJ 1998 125 consid. III.2; ainsi que dans le même sens, ATF 118 IV 108 consid. 2a et arrêt de la Cour de cassation du canton de Genève du 8 mai 2001, SJ 2001 573, consid. III. Dans cette dernière affaire, la Cour genevoise devait également trancher sur une divergence manifeste entre les conclusions de l'expert, qui préconisait l'hospitalisation suivie d'un traitement ambulatoire, et les conclusions de la Chambre d'accusation qui, en revanche, avait ordonné l'internement. L'expertisé, qui consommait régulièrement de l'haschich, avait frappé à l'aide d'un couteau de cuisine long d'environ sept centimètres son épouse dans la région du sein gauche, lui causant ainsi des lésions corporelles graves. La Cour de cassation a confirmé la décision des premiers juges en rappelant que «alors que l'expert se place sur un terrain médical, la Chambre d'accusation déplace le débat sur un terrain juridique». Elle a néanmoins tempéré sa décision en indiquant que l'internement devait être transformé «aussi rapidement que possible et sans entraîner un risque majeur pour la sécurité publique» en hospitalisation (consid. IV).

Cette manière de procéder, bien que défendable du point de vue de l'application du droit, demeure en partie critiquable. Les antécédents, médicaux et/ou pénaux de l'intéressé, ne ressortent pas de l'arrêt. Il est dès lors raisonnable de se demander si les juges genevois n'ont pas été trop sévères. Cela d'autant que l'internement n'est pas exécuté dans le même établissement qu'en cas de placement en milieu hospitalier. Il s'effectue en principe en prison⁸¹⁸. Le résultat de l'arrêt précité est également insatisfaisant puisque, selon l'expert, l'intéressé présentait plutôt un risque de suicide que de récurrence d'homicide⁸¹⁹.

D'une manière générale, la jurisprudence précitée permet au juge de ne pas suivre les propositions de l'expert en se contentant d'argumenter que ces dernières relèvent du droit et non (sic!) de la science médicale. Ceci constitue un risque qui est d'autant plus accru que le principe «*in dubio pro reo*» ne s'applique pas à l'égard du pronostic de dangerosité et du choix de la mesure de sûreté adéquate. Il en découle que l'établissement du pronostic de dangerosité le plus défavorable à l'intéressé et le prononcé de la mesure la plus stricte, même en allant à l'encontre de l'expertise, ne violent pas la loi suisse⁸²⁰.

Il est vrai que l'avis «technique» de l'expert ne constitue pas une décision mais une constatation d'un état de fait scientifiquement argumenté. Dès lors, le juge doit garder le pouvoir de s'en départir⁸²¹. Cela étant, dans le domaine très particulier de la maladie mentale, il serait souhaitable de prévoir qu'en principe, les autorités judiciaires ne peuvent se départir des conclusions de l'expertise qu'au bénéfice du malade, notamment pour ordonner une mesure moins restrictive. Dans les autres cas, en revanche, une expertise complémentaire devrait être requise.

Un survol d'autres législations internes permet de résumer nos propos.

⁸¹⁸ Arrêt de la Cour de cassation du canton de Genève du 28 février 1997, SJ 1998 125, consid. IV.2 *in fine*.

⁸¹⁹ Ibid., consid. IV. 1

⁸²⁰ ATF du 2 février 2006 [6S.432/2005] en la cause X c. canton de Vaud consid. 1.1.1; ATF du 2 avril 2004 [6S.46/2004] en la cause W. G. c. canton Vaud consid. 2.1.2; ATF 127 IV 1 consid. 2a et ATF 118 IV 108 consid. 2a. Dans le même ordre d'idées, aux Etats Unis, en ce qui concerne la preuve de la maladie mentale et de sa dangerosité, les tribunaux se contentent d'un degré de preuve inférieur à «*beyond a reasonable doubt*» principalement en raison du caractère loin d'être scientifiquement absolu du diagnostic psychiatrique, STEFAN, p. 667.

⁸²¹ Il en va de même en droit italien où selon une jurisprudence constante «Il giudice [...] è vincolato a disporre il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario alla persistenza dello stato di pericolosità del soggetto. A tal fine però non deve necessariamente adeguarsi alle conclusioni del perito, giacché richiedendo l'accertamento relativo un apprezzamento di merito, il giudice può dissentire da tali conclusioni e quindi ritenere la sussistenza della pericolosità, purché dia ragione del suo convincimento con argomentazioni corrette sia sotto il profilo giuridico, che scientifico», CRESPI/ZUCCALA/STELLA, p. 823.

i.b.d) Un survol récapitulatif de droit comparé

Les critères de spécialisation, indépendance et impartialité pour limiter les risques d'un diagnostic erroné apparaissent de façon constante dans la majorité des législations nationales.

La loi indienne est particulièrement intéressante, dans la mesure où elle exige que la requête d'internement soit accompagnée de deux certificats médicaux émanant de deux médecins, l'un d'entre eux devant être un médecin au service du Gouvernement. De surcroît, ces certificats doivent clairement spécifier que chacun de deux médecins a examiné «indépendamment» le candidat présumé à l'hospitalisation et «a fondé son avis sur ses propres observations et sur les données qui lui ont été communiquées» et qu'il est «fondamentalement convaincu de la nécessité d'une mesure d'internement»⁸²².

En Russie, la problématique de «l'examen psychiatrique initial» fait l'objet d'un chapitre à lui tout seul, dans lequel sont énumérées toutes les conditions nécessaires à sa régularité et, en conséquence, à celle de l'internement qui pourrait en résulter⁸²³. La possibilité de recourir contre le résultat du diagnostic pour le contester y est également prévue⁸²⁴.

Au Japon, seuls les médecins agréés par l'exécutif et remplissant certaines conditions clairement énumérées par la loi peuvent se prononcer sur l'hospitalisation et son maintien⁸²⁵.

En France, deux certificats médicaux circonstanciés et datant de moins de quinze jours doivent être joints à la demande d'admission forcée. Afin d'assurer un maximum d'impartialité et d'objectivité, le premier certificat, devant indiquer notamment les particularités de la maladie de l'intéressé, doit être établi par un médecin qui n'exerce pas dans l'établissement accueillant le malade mental. Le deuxième certificat, qui confirmera le cas échéant le premier, devra être rédigé par un médecin qui peut exercer dans l'établissement précité. Toujours selon la loi, ces deux médecins ne peuvent être parents ou alliés, jusqu'au quatrième degré inclus, ni entre eux ni des directeurs des établissements habilités à soigner les personnes atteintes de trouble mental, ni

⁸²² Art. 20 al. 6 et 21 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

⁸²³ Art. 8-11 du Décret N° 8282 XI du 5 janvier 1988 ainsi que l'art. 23 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie abrogeant le décret précité.

⁸²⁴ Art. 11 du Décret N° 8282 XI du 5 janvier 1988. L'art. 23 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie ne mentionne pas expressément cette possibilité. A l'art. 33, nous remarquons, cependant, que le malade peut contester le diagnostic médical en même temps que la décision d'internement. Puis, à l'art. 47, nous notons que le malade peut remettre en cause le diagnostic même en l'absence de placement forcé.

⁸²⁵ Chapitre VI, en particulier les art. 18 à 19 de la Loi du Japon N° 123 de 1950. Notons que la participation à un stage de formation, à des intervalles périodiques de cinq ans, constitue une des conditions au maintien de l'agrément.

de la personne ayant demandé l'hospitalisation, ni de l'intéressé lui-même⁸²⁶. Force est de constater que toutes les précautions semblent avoir été prises!

Le législateur genevois apparaît avoir été inspiré par son homologue français – proximité territoriale oblige. En effet, à Genève, le certificat médical doit être établi par un médecin inscrit au registre de la profession – à l'exclusion, nous nous en souvenons, des médecins de l'établissement psychiatrique d'accueil – qui ne soit ni parent ni allié du malade mental. Le certificat doit être établi dans les trois jours suivant l'examen de l'intéressé et doit indiquer les symptômes de la maladie, les motifs de l'admission et son degré d'urgence⁸²⁷. La même procédure semble avoir été choisie par le législateur israélien, à la différence qu'il revient au psychiatre de district d'établir le certificat médical et l'ordre d'hospitalisation qui ont une validité de dix jours⁸²⁸. En Tunisie, la loi exige également deux certificats médicaux; l'un d'entre eux doit être établi par un médecin psychiatre exerçant dans une structure sanitaire publique⁸²⁹.

Au Venezuela, le placement d'office doit être avalisé par trois médecins, dont au moins un psychiatre, qui doivent estimer indispensable une telle mesure à des fins thérapeutiques⁸³⁰. En Hongrie, ce sont les médecins de l'établissement psychiatrique qui établissent le diagnostic, le directeur de l'établissement décidant en dernier lieu⁸³¹. Au Brésil, l'internement psychiatrique est ordonné par le médecin qui procède dans les vingt-quatre heures à en informer le Ministère public et, le cas échéant, la «défense publique». Ces derniers peuvent constituer un comité interdisciplinaire, comprenant un médecin et deux agents de santé mentale, qui se prononcera sur la nécessité et la légalité de la mesure⁸³².

En Italie, la législation actuelle est malheureusement encore bien en deçà de la plupart des autres textes. En effet, la «proposition motivée d'un médecin» (*proposta motivata di un medico*) est suffisante afin que le Maire, en sa qualité d'autorité sanitaire locale, ordonne le traitement sanitaire forcé à l'encontre d'un patient malade mental⁸³³. La légèreté évidente d'une telle exigence a

⁸²⁶ Art. L.333 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990.

⁸²⁷ Art. 24 et 25 de la Loi genevoise K 1 25. A cet égard, on relèvera que c'est le médecin ayant établi le certificat médical qui doit aussi remplir la demande d'admission et enjoindre au malade de se rendre dans l'établissement désigné. A défaut, il devra faire appel à des personnes qualifiées ou, en dernier lieu, à la force publique.

⁸²⁸ Art. 6, 7 et 8 de la Loi 5751 d'Israël.

⁸²⁹ Art. 15 de la Loi de Tunisie N°92-83.

⁸³⁰ Art. 4 de la Résolution du Venezuela N° SG-1085 du 19 mai 1995.

⁸³¹ Art. 35 al. 3 de la Loi de Hongrie du 22 décembre 1994.

⁸³² Art. 10 et 11 de la Loi du 30 juin 1992 de l'Etat du Rio Grande do Sul (Brésil).

⁸³³ Art. 1 al. 6 de la Loi italienne N° 180.

été âprement critiquée, notamment par PIZZI, qui dénonce un risque concret d'arbitraire découlant de l'absence de précisions quant aux qualifications exigées du médecin⁸³⁴. Selon LOUZON ce risque n'est toutefois que provisoire, puisque la proposition médicale doit être validée par la suite par un autre médecin de l'unité sanitaire locale⁸³⁵. Toujours selon LOUZON, le législateur a volontairement omis l'emploi du terme «psychiatre» afin de rappeler que le traitement forcé ne saurait être considéré comme un instrument particulier de la psychiatrie, mais comme un moyen commun aux autres domaines de la santé⁸³⁶. Quoi qu'il en soit, les divers projets législatifs, dès le premier datant de 1996⁸³⁷, semblent avoir été, à tout le moins en partie, perméables aux critiques. Le dernier en date – qui vient d'être rejeté⁸³⁸ – prévoit notamment que la décision de traitement obligatoire doit être prise par un médecin du département de santé mentale concerné, confirmée ultérieurement par un médecin psychiatre du centre de traitement et soumise, enfin, dans les vingt-quatre heures au contrôle d'une commission interdisciplinaire présidée par un Juge tutélaire au sein de laquelle siège un psychiatre au bénéfice d'au moins dix ans d'expérience dans le domaine⁸³⁹.

Relevons que le certificat médical peut être exigé également lors d'un placement volontaire. La loi autrichienne prévoit, par exemple, que le chef de service ainsi qu'un autre spécialiste doivent examiner la personne qui demande son admission. L'admission ne pourra être autorisée que sur la base de certificats médicaux concordants et, en somme, les conditions sont les mêmes que celles pour l'internement forcé⁸⁴⁰. A Genève, le candidat à l'hospitalisation volontaire doit aussi produire un certificat constatant que son état mental requiert son admission. Ce certificat doit être établi au plus tard dans les dix jours qui suivent l'examen du malade par le médecin et sa validité est de dix jours⁸⁴¹.

Cette prolifération législative souligne bien le rôle déterminant du diagnostic médical et de la bonne désignation des personnes chargées de l'établir dans la sauvegarde efficace de tout individu, délinquant ou pas, confronté à des soupçons de maladie mentale.

⁸³⁴ PIZZI, p. 8.

⁸³⁵ Art. 2 al. 3 de la Loi italienne N° 180.

⁸³⁶ LOUZON, p. 139.

⁸³⁷ Voir l'art. 3 par. 2 du Projet de Loi N° 2011 du 26 juillet 1996 exigeant deux décisions motivées émanant de deux médecins psychiatres sans parenté ou alliance entre eux ou avec l'intéressé et dont un employé par une structure sanitaire publique.

⁸³⁸ *Supra*, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 4, i).

⁸³⁹ Art. 7 et 9 du texte unifié du Projet de Loi N° 174 des députés BURANI PROCACCINI. Notons que, substantiellement, les mêmes exigences sont posées en cas d'urgence.

⁸⁴⁰ Art. 6 al. 1 de la Loi autrichienne du 1^{er} mars 1990.

⁸⁴¹ Art. 23 de la Loi genevoise K 1 25.

En résumé, si nous exceptons bien entendu les cas d'urgence, trois dénominateurs communs se dégagent des développements qui précèdent. L'expertise médicale doit être établie par un ou, au mieux, deux médecins qualifiés indépendants et impartiaux; elle doit être récente et suffisamment motivée. De la qualification et du nombre de médecins qui examineront le cas du candidat à l'hospitalisation forcée dépend, bien évidemment, la fiabilité, à savoir l'objectivité et l'impartialité, de l'expertise. Il est regrettable qu'il ne soit que rarement exigé que le médecin concerné soit un psychiatre. L'exigence que l'un de deux experts soit un médecin exerçant dans une structure publique peut constituer, selon les cas, un indice d'impartialité. Le caractère récent du diagnostic garantit l'actualité du trouble et du danger éventuel qu'il représente. De la motivation du diagnostic dépend, enfin, l'étendu du contrôle – notamment du juge amené à ordonner l'internement ou saisi par la suite – de l'opportunité de la mesure et la décision, en cas de doute, d'entendre éventuellement un autre expert. A titre d'exemple, notamment en Inde, la loi indique clairement que le juge doit examiner les preuves de maladie mentale indiquées dans le certificat médical⁸⁴².

Le contrôle conventionnel du respect de l'exigence d'une expertise médicale objective constatant l'état d'aliénation de la personne internée – exigence réglementée à la discrétion des législateurs nationaux – est très limité puisqu'il n'appartient pas aux organes de la Convention de revoir les faits établis par les instances nationales. Il n'en demeure pas moins que, si une telle expertise n'est pas prévue par une législation interne ou si elle n'a pas été exécutée, l'Etat concerné sera condamné pour ne pas s'être conformé aux préceptes conventionnels.

Le diagnostic de maladie mentale n'entraîne pas encore, à lui tout seul, le placement d'office. Pour ce faire, il doit porter également sur le risque que constitue le malade mental, prenant ainsi en compte la deuxième condition de régularité.

ii) L'ampleur du trouble mental

La deuxième condition de régularité requiert que le trouble mental diagnostiqué revête un caractère ou une ampleur propre à légitimer le placement d'office. En d'autres termes, l'autorité interne ne pourra l'ordonner que s'il apparaît comme la seule et unique possibilité, compte tenu de l'état mental du patient.

Il s'agit de l'expression du principe de la proportionnalité et plus précisément de la subsidiarité; ce qui signifie que l'hospitalisation forcée d'un

⁸⁴² Art. 22 al. 2 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

malade mental doit constituer l'«ultima ratio» – ou mieux l'«ultimum remedium» – auquel il faut recourir lorsque tout autre moyen moins contraignant est exclu⁸⁴³.

Les Principes des Nations Unies expriment clairement cette idée en affirmant que «si le patient a besoin d'être soigné dans un service de santé mentale, tout doit être fait pour éviter qu'il soit placé d'office»⁸⁴⁴. Les Dix Principes de l'OMS prônent l'administration des soins de santé mentale les moins restrictifs possible. Ils indiquent les éléments à prendre en considération lors du choix des solutions les moins contraignantes. Ces éléments sont, bien évidemment, le trouble en cause, les traitements disponibles, le degré d'autonomie de l'intéressé ainsi que son degré d'acceptation et de collaboration et, enfin, le risque plus ou moins réel qu'il constitue un danger pour lui-même ou pour autrui. Les traitements en milieu institutionnel doivent demeurer une exception et, le cas échéant, être administrés dans l'environnement le moins restrictif possible compte tenu de l'état du malade mental⁸⁴⁵.

La Recommandation 1235 (1994) du Conseil de l'Europe rappelle également que le placement non volontaire doit être exceptionnel et ordonné seulement s'il existe un grave danger pour le patient lui-même ou pour autrui⁸⁴⁶. Les rédacteurs du «Livre blanc» ne préconisent le placement forcé que lorsque des moyens pour prodiguer les soins appropriés au patient, portant moins atteinte à sa liberté, ne sont pas disponibles. Ils mentionnent d'ailleurs expressément des alternatives au placement, qui pourraient inclure l'accès immédiat aux diverses formes de soins ambulatoires, comme l'hospitalisation de jour, l'assistance infirmière quotidienne à domicile, les traitements psychosociaux efficaces, l'assistance sociale, etc. Les Etats membres sont enfin appelés à devoir s'assurer que des mesures soient prises afin de garantir «aussi largement possible que faire se peut» des alternatives au placement⁸⁴⁷. La Recommandation N° REC(2004)10 reprend les mêmes principes⁸⁴⁸.

⁸⁴³ CourEDH, affaire R. L. et M.-J. D. c. France, arrêt du 12 mai 2004, § 116 ainsi que CourEDH, affaire Litwa Witold c. Pologne, arrêt du 4 avril 2000, § 78.

⁸⁴⁴ Principe 15 al. 1 des Principes des Nations Unies. Le projet DAES, qui affirmait que tout patient devait être traité et soigné, autant que possible, dans la communauté où il vit, était moins incisif, art. 6 al. 1 du Projet DAES.

⁸⁴⁵ Principe 4 des Dix Principes de l'OMS.

⁸⁴⁶ Art. 7 let. i) de la Recommandation 1235 (1994).

⁸⁴⁷ «Livre blanc», point 3d.

⁸⁴⁸ Art. 17 al. 1 let. iv) de la Recommandation N° REC(2004)10 et l'Exposé des motifs, § 135. Notons que l'art. 8 de cette Recommandation consacre le «Principe de la restriction minimale» selon lequel les personnes atteintes des troubles mentaux ont le droit d'être soignées dans l'environnement disponible le moins restrictif possible, tout en tenant compte des exigences liées à leur santé et à la sécurité d'autrui. Le principe de la proportionnalité empreigne également l'esprit de la Recommandation N° R(99)4, comme le principe 5 intitulé «Nécessité et subsidiarité». Dans l'Exposé des motifs, § 38, ce principe est rebaptisé «Principe d'intervention nécessaire minimale».

Ces principes internationaux sont concrétisés dans un nombre croissant de législations nationales. Au Luxembourg, par exemple, la loi prévoit que les personnes atteintes de troubles mentaux doivent, dans la mesure du possible, être traitées dans le milieu dans lequel elles vivent⁸⁴⁹.

En résumé, les développements qui précèdent signifient que si l'expertise médicale objective établit une aliénation qui n'est pas particulièrement grave, le malade mental ne devra pas être interné. Pour savoir quand un trouble mental revêt une ampleur propre à légitimer l'internement, la Cour ainsi que les textes universels et nationaux se réfèrent au critère de la dangerosité. Ce critère a déjà fait l'objet d'une analyse exhaustive, à laquelle nous renvoyons⁸⁵⁰. Souvenons-nous néanmoins qu'au sein du Conseil de l'Europe et des Nations Unies, la dangerosité, pour autrui comme pour le malade lui-même, peut justifier l'internement⁸⁵¹. Il en va par ailleurs de même pour la grande majorité de législations nationales.

A titre de rappel introductif, citons encore la loi d'une Province du Canada. Ce texte est intéressant en raison de sa formulation particulièrement exhaustive, qui prévoit que le placement forcé est admissible si la personne en cause est atteinte d'un trouble mental, si son comportement «récent» risque sérieusement de causer un tort physique ou psychologique imminent à elle-même ou à autrui, si elle n'est pas justiciable d'un placement volontaire et, enfin, si des mesures moins contraignantes seraient inappropriées⁸⁵². La notion de dangerosité y trouve une définition exemplative. Est dangereux pour autrui celui qui «a menacé ou tenté d'infliger des lésions corporelles et menace ou tente de le faire; s'est comporté ou se comporte avec violence envers une autre personne ou de manière à faire craindre à celle-ci qu'il lui causera des lésions corporelles». Est dangereux pour lui-même celui qui «a fait ou fait preuve de son incapacité à prendre soin de lui-même et souffre selon toute apparence d'un trouble mental qui, par sa nature, pourra l'amener à s'infliger des lésions corporelles graves et/ou entraînera un affaiblissement physique imminent et grave»⁸⁵³.

Il convient de préciser qu'à ce jour, la casuistique conventionnelle ne concerne que le placement involontaire en raison du danger pour autrui. La Cour n'a pas encore eu l'opportunité de traiter sous l'angle de l'art. 5 CEDH

⁸⁴⁹ Art. 2 de la Loi du Luxembourg du 8 août 2000. Le législateur australien reprend les mêmes principes, art. 6A de la Loi N° 98 de 1995 de l'Etat de Victoria (Australie).

⁸⁵⁰ Supra, I^e Partie, section D, sous-section d), par. 2.

⁸⁵¹ Art. 3 de la Recommandation N° R (83) 2, art. 7 let. i) de la Recommandation 1235(1994), art. 17 al. 1 let. ii) de la Recommandation N° REC(2004)10, principe 16 des Principes des Nations Unies, principe 4 des Dix Principes de l'OMS, et supra, I^e Partie, section D, sous-section d), par. 2.

⁸⁵² Art. 8 de la Loi sur la santé mentale du 31 mars 1998 de la Province de Nouveau-Brunswick (Canada).

⁸⁵³ Art. 15, *ibid.*

d'un internement forcé au seul motif que le malade présentait un danger de violence physique contre lui-même, ou de grave détérioration de son état physique et/ou mental.

L'affaire H. M. c. Suisse⁸⁵⁴ aurait pu donner l'occasion d'aborder cette problématique si la Cour n'avait pas nié l'existence de la privation de liberté⁸⁵⁵. Face à un malade mental dangereux pour soi-même, toutefois, l'application du principe de la proportionnalité et en particulier de son corollaire, le principe de la subsidiarité, devrait être la plus rigoureuse possible⁸⁵⁶. Pour que la détention d'un malade mental puisse être qualifiée de régulière et, partant, conforme à la Convention, l'autorité compétente doit analyser restrictivement la notion de danger, immédiat ou futur, généré par le malade contre lui-même⁸⁵⁷.

À présent, la question de la portée du contrôle exercé par les instances de Strasbourg se pose. Comme pour la première des conditions de régularité et pour les mêmes raisons, ce contrôle ne peut être que très limité. Si suite à l'arrêt Winterwerp c. Pays-Bas, le risque d'être confronté à des décisions comme celles ayant caractérisé la première jurisprudence sur l'application de la let. e) de l'art. 5 CEDH⁸⁵⁸ n'existe plus, les Juges conventionnels manifestent une nette tendance à accepter la solution interne, sans revoir en détail l'expertise de dangerosité. Partant, le bénéfice du doute profite au Gouvernement défendeur et le malade mental est présumé dangereux⁸⁵⁹.

Ce qui précède trouve confirmation notamment dans un rapport de la Commission datant de 1981⁸⁶⁰. En l'espèce, il y avait des divergences quant au diagnostic de dangerosité, au traitement à administrer et quant à l'opportunité de continuer la détention dans un hôpital de haute sécurité. Le requérant, avant son internement, n'avait commis aucun délit violent – il était

⁸⁵⁴ Cour EDH, affaire H. M. c. Suisse, arrêt du 26 février 2002.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, §§ 40-49 ainsi que *supra*, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 4, ii).

⁸⁵⁶ Face à l'internement forcé d'un malade mental qui ne représente qu'un danger pour lui-même, se pose le problème éthique du droit de chacun de disposer de son propre corps et, donc, de refuser d'être hospitalisé, du moins aussi longtemps que le malade ne devient aussi un danger pour autrui. Cette question a déjà été traitée; nous rappellerons néanmoins qu'une hospitalisation forcée d'un malade dangereux pour lui-même peut se justifier du point de vue du droit et de l'éthique psychiatrique, car dans la plupart des cas le malade en question est si gravement atteint qu'il ne se rend pas compte de sa maladie et, dépourvu de capacité de discernement, est incapable de refuser le traitement en connaissance de cause, *supra*, I^e Partie, section D, sous-section d), par. 2, i), i.a) et ii), ii.a). Voir également ATF 124 I 40 concernant une personne très âgée, fragile et nécessitant des soins, amenée de force dans un hôpital psychiatrique pour être soumise à une expertise psychiatrique.

⁸⁵⁷ A propos de la notion de dangerosité, *supra*, I^e Partie, section D, sous-section d), par. 2.

⁸⁵⁸ *Supra*, II^e Partie, section B, sous-section a), par. 2.

⁸⁵⁹ Dans ce sens, WACHENFELD, p. 149.

⁸⁶⁰ CommEDH, req. 6870/75, B. c. Royaume-Uni, DR 32, p. 82.

coupable d'escroquerie⁸⁶¹ –, aucun acte de violence n'avait été constaté pendant son hospitalisation dans un hôpital de haute sécurité et son état de santé s'était amélioré. Les médecins consultés n'étaient pas d'accord sur la dangerosité potentielle du malade mental mais ils concordaient sur la persistance «d'un certain trouble mental». La Commission avait décidé qu'il n'existait pas d'éléments suffisants indiquant que l'hospitalisation n'était pas justifiée et que l'art. 5 CEDH avait été violé⁸⁶².

Dans l'affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*⁸⁶³, à la requérante qui contestait le diagnostic de maladie mentale et la nécessité de l'internement, la Commission avait également répondu qu'il s'agissait «là [d']une question qu'il appartient essentiellement à la juridiction nationale compétente d'examiner et de trancher et elle [la Commission] ne dispose d'aucun élément qui l'autoriserait à se former quelque opinion propre [...]»⁸⁶⁴.

L'attitude de la Cour n'est pas différente. Dans l'arrêt *Herczegfalvy c. Autriche*⁸⁶⁵, elle a conclu à l'absence d'arbitraire au motif que, selon la majorité des experts, la tendance à l'agressivité du requérant justifiait toujours sa détention et que le dossier ne fournissait aucun élément à l'appui de l'argumentation du requérant selon laquelle seul son comportement vexatoire aurait justifié les mesures attaquées (la prolongation de l'hospitalisation et le traitement forcé)⁸⁶⁶. Un expert avait pourtant bel et bien envisagé la mise en liberté sous surveillance psychiatrique⁸⁶⁷!

La pratique conventionnelle, qui à cet égard et depuis son origine n'a point évolué, est ainsi contraire aux principes d'instruction en vigueur dans le système du Conseil de l'Europe⁸⁶⁸. Selon ces principes, la charge de la

⁸⁶¹ Les délits contre le patrimoine ne font en soi pas d'obstacle au prononcé d'un internement; ce dernier dépend plutôt de la gravité des agissements litigieux. Voir, en droit suisse, ATF du 27 septembre 1991 [6S.236/1991] en la cause *X c. canton Bâle*, consid. 3 et ATF 118 IV 213 consid. 2.

⁸⁶² CommEDH, req. 6870/75, *B. c. Royaume-Uni*, DR 32, p. 82.

⁸⁶³ CommEDH, affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*, avis du 14 juillet 1988.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, § 100; et, dans le même sens, CommEDH, affaire *Herczegfalvy c. Autriche*, avis du 1^{er} mars 1991, §§ 210-216, dans lequel la Commission avait intégralement suivi à ce propos les décisions des tribunaux internes.

⁸⁶⁵ CourEDH, affaire *Herczegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, § 68.

⁸⁶⁷ *Ibid.*

⁸⁶⁸ Quand bien même la Cour, dans le cadre de l'ancien système, était dotée d'un pouvoir d'enquête comparable à celui de la Commission, elle n'en faisait pas le même usage. Elle avait en effet rappelé qu'il appartenait en premier lieu à la Commission d'établir et de vérifier les faits. La Cour n'usait de ses propres pouvoirs en la matière que dans des circonstances exceptionnelles, même si elle n'était pas liée par les constatations du rapport de la Commission et demeurait libre d'apprécier les faits elle-même à la lumière de tous les éléments en sa possession. Sur cette problématique, VELU/ERGE, pp. 1009-1010.

preuve ne devrait pas peser sur l'une des deux parties⁸⁶⁹. Toutefois, en examinant l'exactitude et l'objectivité de l'expertise médicale établissant l'aliénation et/ou la dangerosité, la Cour semble attendre *de facto* que le requérant prouve ses allégations. Si ce dernier n'y parvient pas, il en supporte la charge de la preuve puisque le doute profite au Gouvernement⁸⁷⁰.

L'affaire Luberti c. Italie⁸⁷¹ constitue néanmoins une exception – alors qu'elle n'en est en réalité pas une –, où la Cour a indirectement souligné l'incompatibilité avec la Convention de la présomption irréfragable de dangerosité du malade mental délinquant établie par la loi italienne en vigueur à cette époque. Le juge était en effet dispensé de vérifier la dangerosité du criminel, sauf si l'acte délictueux avait été commis plus de dix ans auparavant⁸⁷². En l'espèce, une telle vérification avait eu lieu, ce qui a permis à la Cour de déclarer la détention du requérant régulière après une longue analyse laissant entendre que si la présomption irréfragable avait été appliquée la conclusion aurait pu être différente⁸⁷³.

Si l'arrêt Luberti précité n'est plus tout à fait récent, il démontre qu'il y a tout de même un contrôle conventionnel de l'application du critère de la dangerosité et du respect du principe de la proportionnalité.

En pratique, face à un délinquant malade mental, il existe néanmoins une présomption réfragable de sa dangerosité qui n'est pas renversée par la Cour sauf en cas d'accord de l'Etat défendeur⁸⁷⁴.

Le rapport de la Commission dans l'affaire Kay c. Royaume-Uni⁸⁷⁵ constitue la seule exception – cette fois-ci réelle bien que, à notre connaissance, demeurée isolée – à ce qui précède. Cette affaire concernait le rappel du requérant dans un établissement psychiatrique, sans appréciation médicale préalable, à l'issue d'une peine de prison pour avoir agressé deux femmes. La Commission avait en effet conclu à la violation de l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH au motif de l'absence d'une expertise médicale objective qui démontrait que le requérant était effectivement dangereux. Pour étayer ses propos, la Commission avait rappelé que les expertises médicales à l'époque des faits étaient plutôt favorables à l'intéressé. A l'encontre du Gouvernement, elle avait ainsi

⁸⁶⁹ CourEDH, affaire Artico c. Italie, arrêt du 13 mai 1980, § 30 et CourEDH, affaire Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, § 160.

⁸⁷⁰ Dans ce sens, mais à propos de l'application de l'art. 3 CEDH, CALLEWAERT (1), pp. 439-441. Sur la question du fardeau de la preuve de la maladie mentale, voir également nos développements, *infra*, III^e Partie, section B, sous-section b), par. 1.

⁸⁷¹ CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984.

⁸⁷² *Supra*, I^e Partie, section D, sous-section d), par. 2, ii), ii.b).

⁸⁷³ CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, §§ 25-29.

⁸⁷⁴ Pour des plus amples développements, *supra*, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 2, iii).

⁸⁷⁵ CommEDH, req. 17821/91, Kay c. Royaume-Uni.

considéré que le seul rapport contradictoire du médecin de l'établissement de détention, rédigé sur la base de pièces du dossier sans entrevue avec l'intéressé lui-même, ne pouvait ni contrecarrer de telles conclusions ni fournir une base scientifique suffisante à l'internement psychiatrique trois ans plus tard⁸⁷⁶.

La conclusion de la Commission est d'autant plus surprenante que cette affaire concerne un délinquant malade mental qui avait un lourd passé médical de psychopathe ainsi qu'un casier judiciaire chargé avec des épisodes d'une extrême violence à l'égard de jeunes filles et de femmes⁸⁷⁷. La Commission, bien que consciente des impératifs de sécurité publique, avait mis l'accent sur l'importance d'établir un diagnostic fiable sur l'ampleur et la persistance du trouble et avait ainsi renversé le fardeau de la preuve de dangerosité en faveur du requérant⁸⁷⁸.

La vaste marge d'appréciation accordée aux autorités nationales en matière de preuve, la présomption de régularité de la détention et le contrôle limité des organes de la Convention en découlant, influencent également l'application de la troisième condition de régularité.

iii) La persistance du trouble mental

La troisième condition souligne par excellence le caractère évolutif de la maladie mentale et de l'état de dangerosité, en admettant qu'une maladie mentale peut être guérie ou à tout le moins soignée. En effet, un aliéné ne pourra être privé de liberté qu'aussi longtemps que la gravité du trouble ayant légitimé initialement l'internement persiste⁸⁷⁹. En d'autres termes, du moment où le malade mental n'est plus dangereux – qu'il soit guéri ou que son état se soit amélioré –, sa détention n'a plus raison d'être et le malade mental doit être immédiatement libéré.

L'expertise médicale objective, établissant l'aliénation et la dangerosité en résultant, ne permet pas aux autorités internes, une fois le malade mental

⁸⁷⁶ Ibid., §§ 51-54.

⁸⁷⁷ Le requérant avait été reconnu coupable en juillet 1962 d'agression d'une jeune fille de moins de treize ans, en décembre 1963 d'avoir eu des relations sexuelles avec une jeune fille âgée de treize à quinze ans, en janvier 1966 de viol, en janvier 1971 d'avoir assassiné la fille d'un voisin de douze ans après l'avoir violée, asphyxiée, coupée avec un instrument tranchant et mordue.

⁸⁷⁸ CommEDH, req. 17821/91, Kay c. Royaume-Uni, § 50. Ces impératifs de sécurité semblent avoir motivé l'opinion dissidente du Membre de la Commission SCHERMERS pour lequel le risque pour la société représenté par le requérant permettait de faire abstraction d'une preuve tangible et déterminante de la persistance du trouble psychopathique.

⁸⁷⁹ Ibid., § 27; ainsi que CourEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, arrêt du 24 septembre 1992, § 61; CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 40 et CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 39.

hospitalisé, de «jeter la clé». Au demeurant, la Recommandation N° R (83) 2 du Conseil de l'Europe n'impose pas non plus la guérison complète du malade mental comme condition de la fin du placement. Il incombera à l'autorité nationale compétente de mettre fin au placement lorsque l'état du malade mental ne nécessite et ne justifie plus l'internement.

La fin du placement n'empêche pas la poursuite d'un traitement, le cas échéant sur une base volontaire⁸⁸⁰. Le «Livre blanc» rappelle ce concept et souligne que le psychiatre en charge des soins du patient est responsable de l'évaluation tendant à déterminer si le patient continue de remplir les critères du placement involontaire⁸⁸¹. La Recommandation N° REC(2004)10 codifie cette responsabilité⁸⁸². Les Principes des Nations Unies prévoient, dépourvus de toute originalité, qu'il doit être mis fin au placement forcé lorsque les conditions ne sont plus réunies⁸⁸³.

L'application de cette garantie est strictement liée à l'exercice du droit de tout individu privé de sa liberté au contrôle de la légalité de sa détention, qui découle de l'art. 5 al. 4 CEDH, et qui doit être périodique dans le cas des malades mentaux. Cette périodicité trouve sa raison d'être dans la nature évolutive de tout trouble mental et dans le fait que l'internement d'un malade mental ne continue à être justifié que si la gravité du trouble persiste. Les modalités et la fréquence du contrôle de la persistance du trouble et de la dangerosité dépendent du droit interne⁸⁸⁴.

L'efficacité de cette condition de régularité dépend évidemment également de l'étendue du pouvoir d'examen exercé par la Cour. Ce pouvoir est encore une fois strictement limité à l'arbitraire. La vaste marge d'appréciation des Etats dans ce domaine, additionnée à la tendance nationale et conventionnelle de faire prévaloir le risque de la commission d'actes dangereux sur la gravité réelle de l'aliénation⁸⁸⁵, a pour effet qu'un patient peut continuer à être détenu, dans les limites d'un temps raisonnable, au seul motif de sa probable agressivité, quand bien même il peut prouver ne plus souffrir de troubles mentaux.

⁸⁸⁰ Art. 8 de la Recommandation N° R (83) 2.

⁸⁸¹ «Livre blanc», point 13.

⁸⁸² Art. 24 al. 2 de la Recommandation N° REC(2004)10.

⁸⁸³ Principe 17 al. 5 des Principes des Nations Unies.

⁸⁸⁴ Sur le droit au contrôle périodique de la détention d'un malade interné, *infra*, III^e Partie, section A, sous-section c) et d).

⁸⁸⁵ Dans l'affaire *Herczegfalvy c. Autriche*, par exemple, la détention a été déclarée régulière car, même si le requérant ne souffrait que d'une «paranoïa querulente» qui d'après les psychiatres ne fait que s'apparenter à une maladie mentale, il était très agressif et extrêmement dangereux pour son entourage, CourEDH, affaire *Herczegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992, §§ 13-14 et 64.

Ce qui précède est particulièrement vrai pour un malade mental délinquant.

C'est du moins l'enseignement que nous pouvons tirer de l'affaire Luberti c. Italie⁸⁸⁶. Dans cette affaire, le requérant contestait la persistance de son aliénation en se fondant sur l'expertise du médecin-chef de l'établissement psychiatrique où il était hospitalisé qui affirmait que cliniquement le trouble mental ayant justifié l'internement n'existait plus. La Cour a tout d'abord relevé que «la levée de l'internement d'un individu reconnu jadis, par une juridiction, comme un aliéné dangereux pour la société concerne, outre l'intéressé, la communauté dans laquelle il va vivre si on l'élargit»⁸⁸⁷. En s'appuyant sur le fait qu'en l'occurrence il s'agissait de l'auteur d'un homicide, elle a ensuite concédé que, dans des cas similaires, l'appréciation psychiatrique devient moins fiable et que les autorités judiciaires internes doivent faire preuve de prudence en examinant minutieusement la demande⁸⁸⁸.

Le requérant n'avait été libéré que deux mois après la date de l'expertise précitée. Du fait du caractère «raisonnable» de ce délai, les Juges de Strasbourg ont pu conclure que, sur «la base des éléments rassemblés», sa détention n'avait pas excédé la période justifiée par le désordre mental⁸⁸⁹. Pourtant, en se référant aux «éléments rassemblés», la Cour a oublié trop vite qu'une année et demie auparavant, plus précisément six mois après son internement, le requérant avait déjà pu se prévaloir d'une expertise concluant à sa guérison et libération immédiate⁸⁹⁰. Cette expertise n'avait pas été prise en considération par les autorités nationales car, d'une part, elle émanait d'un psychologue consulté à titre privé, et, d'autre part, elle contestait les diagnostics, vieux de quelques mois à peine, ayant conclu à la nécessité de la détention⁸⁹¹.

L'arrêt Luberti reste encore aujourd'hui un bel exemple de «la liberté de jugement»⁸⁹² qui est octroyée aux autorités nationales dans l'appréciation de l'application de la troisième condition imposée par la Cour.

⁸⁸⁶ CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984.

⁸⁸⁷ Ibid., § 29.

⁸⁸⁸ Ibid. Nous avons longuement discuté de la problématique de la dangerosité du délinquant malade mental et de son application, supra, I^e Partie, section D, sous-section d), par. 2, ii). Les conclusions auxquelles parvient KILLIAS sur le rapport entre l'opinion publique et le système pénal sont très intéressantes à ce sujet, KILLIAS (2), surtout aux pp. 370-394 et 415-440.

⁸⁸⁹ CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, §§ 14-15.

⁸⁹⁰ Ibid., § 14.

⁸⁹¹ Ibid., §§ 14-15.

⁸⁹² Ibid., § 27.

Il s'agit là d'un exemple d'une jurisprudence désormais confirmée⁸⁹³. En pratique, la vraie garantie conventionnelle réside dans l'existence du droit formel à un contrôle périodique de la détention⁸⁹⁴. Ensuite, la question de l'appréciation de la justification matérielle de cette détention est laissée aux autorités internes, lesquelles ont tendance à faire prévaloir la dangerosité, critère juridique par excellence, sur toutes autres considérations, en particulier thérapeutiques.

La jurisprudence *Johnson c. Royaume-Uni*⁸⁹⁵ amorce néanmoins un tournant qui ne peut être négligé.

Les faits de la cause étaient les suivants. Le requérant avait été reconnu coupable de coups et blessures volontaires pour avoir frappé une femme dans la rue. Auparavant, il avait déjà été condamné pour agression à quatre reprises. Le juge avait ordonné son internement de durée indéterminée. Lors de son admission à Rampton, une institution psychiatrique de sécurité maximale, son médecin traitant avait diagnostiqué une schizophrénie greffée sur une personnalité psychopathique. Cinq ans après, la Commission de contrôle psychiatrique (ci-après: la Commission) avait examiné l'opportunité de prolonger la mesure. Le rapport du médecin traitant indiquait que le requérant ne présentait plus les symptômes psychiques qui avaient justifié son internement. La Commission avait ainsi conclu que le requérant ne souffrait plus de maladie mentale mais qu'avant de le libérer, il fallait une période de réadaptation dans un établissement approprié. Elle avait ordonné son élargissement dans un foyer et sa surveillance par un psychiatre et un travailleur social. Une année après cette décision, ce foyer n'avait pas encore été trouvé. Quelque temps après, l'intéressé avait commencé une période de liberté à l'essai dans un hôpital psychiatrique de moindre sécurité, il avait agressé un autre malade et avait été renvoyé à l'hôpital de Rampton. La Commission avait ainsi différé de nouveau la libération conditionnelle dans l'attente de trouver un lieu d'accueil approprié. Cette décision avait été prise sur la base des rapports médicaux établissant que le requérant ne souffrait d'aucune maladie mentale et qu'il n'était pas nécessaire de le garder à Rampton mais qu'il était possible qu'il «explose» s'il commençait à s'adonner

⁸⁹³ CommEDH, affaire *Gordon c. Royaume-Uni*, rapport du 9 octobre 1985, DR 47, §§ 46-48 dans laquelle la Commission avait repris textuellement l'argumentation contenue dans l'arrêt *Luberti c. Italie*. Dans l'arrêt *Herczegfalvy c. Autriche*, la Cour a adopté plus ou moins la même position que dans l'arrêt *Luberti*, à la différence que la guérison du requérant n'était pas établie avec certitude et que les expertises étaient contradictoires, CourEDH, affaire *Herczegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992, § 68.

⁸⁹⁴ CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981, § 52. Sur le droit de recours juridictionnel, *infra*, III^e Partie, section A.

⁸⁹⁵ CourEDH, affaire *Johnson c. Royaume-Uni*, arrêt du 24 octobre 1997.

à l'alcool et à la drogue. Enfin, trois ans après sa dernière décision, la Commission avait ordonné la libération du requérant sans conditions car il ne souffrait plus de troubles mentaux et un internement dans un hôpital n'était plus nécessaire⁸⁹⁶.

S'appuyant sur ces faits, le requérant soutenait que, compte tenu qu'il avait été établi, quatre ans avant sa libération, qu'il ne souffrait plus du trouble mental ayant justifié son internement, la troisième condition de régularité, à savoir la persistance du trouble, n'était plus réalisée, ce qui aurait dû conduire à son élargissement immédiat et sans conditions. Il en déduisait une violation de la CEDH.

La Cour n'a pas partagé cette thèse. Dans un *obiter dictum*, elle a souligné, en revanche, que la constatation par les institutions spécialisées de la disparition du trouble mental ayant motivé l'hospitalisation forcée d'un patient ne signifie pas que celui-ci doit être automatiquement élargi «sur-le-champ» sans conditions afin de reprendre une vie normale en société. Une telle interprétation aurait comme conséquence une limitation inacceptable de la liberté de jugement des autorités internes lorsqu'elles évaluent si une telle libération servirait au mieux les intérêts du patient et de la collectivité au sein de laquelle ce patient doit retourner vivre. En matière de maladie mentale, selon la Cour, «il est impossible d'établir sans aucun risque d'erreur si la disparition des symptômes d'une maladie mentale vaut confirmation d'une guérison totale». En d'autres termes, il n'est pas aisé d'affirmer «avec une certitude absolue» si un patient est guéri de l'épisode de maladie mentale qui a justifié son internement définitivement ou seulement en apparence. Se référant par ailleurs à l'arrêt *Luberti c. Italie*, les Juges conventionnels ont rappelé qu'une telle décision de libération doit être prise en fonction des intérêts en jeu, à savoir la protection adéquate de la communauté du danger de récurrence. La gravité de l'infraction commise doit également être prise en compte. En conséquence, l'institution spécialisée peut, dans certains cas, légitimement libérer une personne sous conditions afin de pouvoir garder une certaine maîtrise sur ses progrès en étudiant son évolution dans la communauté une fois libérée. La dite institution peut même, si nécessaire, repousser la libération en fonction des conditions formulées⁸⁹⁷.

La jurisprudence *Johnson c. Royaume-Uni* signifie alors que, face à un délinquant malade mental, la troisième condition de régularité peut être interprétée d'une manière plus restrictive et permettre de retarder la libération

⁸⁹⁶ Ibid., §§ 7-34.

⁸⁹⁷ Ibid., §§ 61-63.

de l'intéressé aussi longtemps que toutes les mesures nécessaires pour éviter la réitération du danger, voir de l'infraction, n'ont pas pu être adoptées⁸⁹⁸.

Lobiter dictum précité n'a toutefois pas empêché la Cour de conclure à l'unanimité à la violation de l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH en raison de la prolongation de l'internement, au motif que l'institution spécialisée n'avait pas été en mesure de garantir l'élargissement sous conditions dans un délai raisonnable, et ce – ce qui est important – en dépit de l'attitude négative du requérant face aux propositions qui lui avait été faites. De plus, il n'existait pas de procédures qui auraient permis à la Commission de surmonter les obstacles auxquels les autorités se voyaient confrontées pour mettre en œuvre l'élargissement de l'intéressé⁸⁹⁹. L'inexistence desdites procédures avait entraîné un report pendant quatre ans de la sortie du requérant. La Cour a ainsi constaté que ce report, qui ne dépendait pas de l'état mental ou du danger social du requérant, violait la CEDH.

Ainsi et nonobstant *lobiter dictum* susmentionné, il est possible d'inférer de la jurisprudence Johnson une amorce de contrôle conventionnel plus incisif de l'activité des autorités nationales en matière d'internement des délinquants malades mentaux. Un tel contrôle vise à éviter que les soucis d'intérêt public et de protection de la communauté soient utilisés pour éloigner à tout jamais un délinquant de la société⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ A cet égard, il convient de citer une autre affaire similaire à l'affaire Johnson c. Royaume-Uni. Il s'agissait du maintien d'un délinquant en internement psychiatrique, en dépit de la conclusion de la Commission de contrôle psychiatrique selon laquelle il ne souffrait d'aucun trouble mental nécessitant l'internement. Le requérant avait été condamné en 1963 pour brigandage et lésions corporelles graves sur un enfant de quatorze ans. Après avoir été interné dans plusieurs établissements psychiatriques, il ne fut libéré qu'en 1994. Sa libération, décidée en 1990, avait été retardée à cause de l'impossibilité de trouver un foyer apte à l'accueillir. Un règlement amiable, adopté la même année que la jurisprudence Johnson, a mis fin à la procédure; CommEDH, req. 25895/94, Dennis Gordon Tomsett c. Royaume-Uni.

⁸⁹⁹ CourEDH, affaire Johnson c. Royaume-Uni, arrêt du 24 octobre 1997, §§ 65-67.

⁹⁰⁰ Il convient, néanmoins, de citer une affaire concernant un délinquant français ayant été condamné à douze ans de réclusion pour viols et attentats à la pudeur sur ses deux fils. Après avoir été libéré, une fois la peine purgée, il avait été transféré dans un centre psychiatrique pour malades difficiles puisqu'il avait proféré des menaces de mort contre les personnes qui l'avaient dénoncé. Les expertises judiciaires requises lors du contrôle juridictionnel avaient relevé qu'il ne présentait aucune maladie mentale, que son état psychique était identique à celui établi lors de la condamnation, qu'il ne recevait aucun traitement et que, même si sa «dangerosité au sens criminologique du terme» ne pouvait pas être écartée, l'internement avait vraisemblablement été ordonné exclusivement pour «prévenir un passage à l'acte présumé». Par ailleurs, le Juge saisi du contrôle juridictionnel du placement forcé avait rappelé qu'en l'absence de tout trouble mental, l'internement ne pouvait pas avoir pour fonction de continuer de protéger la société contre le risque de récidive d'un délinquant ayant achevé de purger sa peine. Forte de ces éléments, la Commission avait conclu que la détention de l'intéressé était irrégulière. Elle avait souligné avec vigueur que «la dangerosité potentielle d'un individu sur le plan criminologique ne peut justifier son internement à l'issue d'un emprisonnement pénal qui a sanctionné ses agissements». Sur la base des certificats médicaux, qui faisaient état seulement d'une dangerosité supposée de perpétrer d'autres agressions sexuelles, elle avait pour-

Dans l'affaire *Stafford c. Royaume-Uni*⁹⁰¹, la Cour a d'ailleurs considéré que le risque de perpétrer de graves infractions à caractère non violent n'est pas suffisant en soi pour maintenir en détention un détenu ayant déjà purgé l'élément punitif correspondant à l'infraction de meurtre commise alors qu'aucun élément n'établissait une instabilité mentale ou un danger pour la sécurité publique. En d'autres termes, le risque de récidive pour des infractions à caractère non violent ne peut pas justifier le maintien en détention pour une durée indéterminée, sous peine d'une violation de la CEDH⁹⁰².

Il convient encore de préciser que, dans l'affaire *Silva Rocha c. Portugal*⁹⁰³, antérieure à l'arrêt *Stafford* susmentionné, la Cour a statué qu'en cas d'homicide commis par un malade mental irresponsable dangereux, la gravité des faits, combinée avec le risque présenté par l'intéressé pour autrui, pouvait raisonnablement justifier sa mise à l'écart de la société pendant au moins (sic!) trois ans. Le contrôle de la régularité et en particulier de la persistance du trouble ainsi que de la dangerosité ne s'impose qu'après⁹⁰⁴.

Il va de soi que la mise en liberté est exclue, lorsqu'il est établi que le malade mental délinquant n'est pas encore guéri et que son placement demeure nécessaire, en raison de son état psychique et du risque qu'il représente⁹⁰⁵. Ceci vaut bien évidemment également pour le malade mental non délinquant.

Quand bien même la dangerosité reste encore et toujours le critère prépondérant, ce critère doit être appliqué en respectant la quatrième condition conventionnelle de régularité, qui aujourd'hui apparaît comme le vrai noyau évolutif de la protection du malade mental placé de force.

suivi en constatant que, selon toute vraisemblance, à l'approche de la libération prochaine du requérant, les autorités avaient «voulu éviter de le remettre en liberté et voulu prolonger sa détention par d'autres moyens». La finalité de ce placement était contraire au but de l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH, CommEDH, req. 17734/91, G. et M. L. et le Groupe Information Asiles c. France, §§ 33-45.

⁹⁰¹ CourEDH, affaire *Stafford c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 2002.

⁹⁰² *Ibid.*, §§ 79-82.

⁹⁰³ CourEDH, affaire *Silva Rocha c. Portugal*, arrêt du 15 novembre 1996.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, § 28.

⁹⁰⁵ A titre d'exemple, il est opportun de citer l'ATF 121 IV 8. Cet arrêt concernait un malade inculpé pour délit manqué de meurtre, subsidiairement de contrainte, pour s'être barricadé dans l'appartement de sa logeuse avec un fusil d'assaut et des munitions, avoir essayé à deux reprises de tirer en direction des policiers et, sous la menace de l'arme, avoir empêché celle-ci de pénétrer dans son propre appartement. Ce malade avait bénéficié d'un non-lieu pour cause d'irresponsabilité. Les experts avaient diagnostiqué une maladie mentale sous la forme d'un trouble schizophrénique de type paranoïde avec des périodes de décompensation psychotique dangereuse pour la sécurité publique. Lié par les faits tels qu'établis devant les instances cantonales, qui préconisaient, encore huit ans après, la poursuite de l'internement, et du fait de l'absence de «guérison», le TF a rejeté le recours du malade contre le refus de la levée de la mesure (consid. 3).

iv) L'adéquation du lieu de placement

La privation de liberté d'un aliéné doit se faire dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié et habilité⁹⁰⁶. Cette condition est sans doute celle qui exprime au mieux le principe contenu à l'art. 18 CEDH, d'après lequel toute restriction apportée aux droits et libertés consacrés dans la Convention doit être appliquée dans le but pour lequel elle a été prévue.

Combiné avec la let. e) de l'art. 5 CEDH, ce principe interdit la privation de liberté des malades mentaux à des fins autres que le traitement – dans le cas contraire l'hospitalisation serait une punition imposée au malade à cause de son état⁹⁰⁷ –, sans toutefois qu'un véritable droit au traitement adéquat pour tout malade mental hospitalisé⁹⁰⁸ puisse en être déduit, en tout cas dans l'état actuel de la jurisprudence strasbourgeoise.

Cette quatrième condition conventionnelle de régularité a été consacrée dans l'arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni*, six ans après l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, et, depuis, elle est en constante évolution (iv.a). L'absence de prise en charge thérapeutique lors du placement forcé pourrait même constituer un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'art. 3 CEDH (iv.b). Afin de pallier à ce risque, les législations nationales développent la notion d'«établissement approprié» (iv.c).

iv.a) La jurisprudence Ashingdane c. Royaume-Uni et son évolution

Rappelons que l'affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*⁹⁰⁹ portait sur le retard dans l'exécution du transfert d'un délinquant malade mental de Broadmoor – un hôpital psychiatrique avec des conditions de sécurité renforcées – à Oakwood – un hôpital classique bénéficiant d'un régime plus libéral⁹¹⁰. Ce retard était dû au refus du syndicat du personnel infirmier d'Oakwood d'accueillir des patients délinquants. Le requérant contestait la régularité de sa détention, au motif que son maintien à Broadmoor n'était plus nécessaire à son traitement, comportait de surcroît un risque grave de détérioration de son état mental et violait le principe de la proportionnalité, car «il tendait à un but [la préservation de la paix dans les relations de travail] autre que ceux [traitement et protection de la société] pour lesquels la Convention autorise la restriction»⁹¹¹.

⁹⁰⁶ CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, § 44.

⁹⁰⁷ CommEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, § 85; ainsi que DOURAKI (1), pp. 338-339.

⁹⁰⁸ CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, § 44 *in fine*.

⁹⁰⁹ *Ibid.*

⁹¹⁰ *Supra*, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 4.

⁹¹¹ CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, § 43.

L'essence du progrès jurisprudentiel consacré dans l'affaire *Ashingdane* réside dans l'application de la notion de régularité aux modalités d'exécution de l'internement, telles que le lieu, le cadre et le régime de celui-ci⁹¹². Un certain lien est désormais requis entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée par la Convention et, d'autre part, le lieu et le régime de la détention. Partant et en principe, la détention d'un malade mental, pour être régulière, doit se dérouler «dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié et habilité»⁹¹³. En d'autres termes, les autorités nationales ne peuvent pas choisir en toute liberté le lieu et le régime de détention.

De la sorte et pour la première fois, la Cour a déclaré – à l'encontre de la Commission⁹¹⁴ – que les conditions de détention peuvent avoir un effet sur la régularité de cette dernière⁹¹⁵.

Il est regrettable que la Cour ait débouté le requérant en affirmant que bien que «les conditions fussent plus libérales à Oakwood et, eu égard à l'amélioration de l'état mental de l'intéressé, plus propices à sa complète guérison [les expertises avaient démontré un lien de causalité entre la détérioration de l'état mental du requérant et sa détention prolongée à Broadmoor⁹¹⁶], le lieu et les modalités de l'internement n'avaient cessé de correspondre à la détention régulière d'un aliéné. En effet, il y avait toujours eu un lien entre le but de l'internement litigieux et la maladie mentale et dans les deux cas il s'agissait d'hôpitaux psychiatriques où un personnel qualifié veillait constamment au traitement et à la santé du requérant»⁹¹⁷.

La jurisprudence *Ashingdane* appelle trois remarques.

La première a trait à la notion d'«établissement approprié et habilité». Une partie de la doctrine soutient que l'établissement doit avoir été institué dans le but de traiter les aliénés⁹¹⁸. La conséquence d'une telle interprétation reviendrait à disqualifier comme lieux de détention appropriés les prisons,

⁹¹² DOURAKI (I), pp. 342-343.

⁹¹³ CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, § 44.

⁹¹⁴ D'après la Commission, ni le lieu, ni les conditions de détention, n'étaient visés par l'art. 5 CEDH, sauf dans le cas exceptionnel de l'incarcération d'un malade mental dans des conditions épouvantables sans que personne ne s'occupe de son traitement. Ce qui était loin d'être le cas pour le requérant, CommEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, avis du 12 mai 1983, §§ 75-78. Voir également, CommEDH, req. 7754/77, X c. Suisse, DR 11, pp. 219-220, où la Commission affirmait clairement qu'en principe les conditions de détention ne sont pas régies par l'art. 5 CEDH.

⁹¹⁵ CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, § 44.

⁹¹⁶ En janvier 1980, une expertise médicale avait constaté une légère détérioration de l'état mental du requérant par rapport à l'année précédente, *ibid.*, § 20.

⁹¹⁷ *Ibid.*, §§ 47-48.

⁹¹⁸ Dans ce sens, WACHENFELD, pp. 160-161.

y compris celles dotées d'un service médical, à l'exception, évidemment, des hôpitaux spéciaux attachés aux établissements pénitentiaires comprenant, le cas échéant, un régime de sécurité renforcée. Cette interprétation est conforme aux Règles pénitentiaires européennes, qui disposent que les délinquants malades mentaux ne doivent pas être détenus en prison, mais transférés aussitôt que possible dans des établissements appropriés pour malades mentaux⁹¹⁹. Toutefois, elle ne fait pas l'unanimité.

La Recommandation 1235 (1994), notamment, se borne à exiger qu'un psychiatre et un personnel spécialement formé soient «attachés à chaque établissement pénitentiaire» et que des «programmes sociothérapeutiques soient mis en place dans certaines unités pénitentiaires pour les détenus présentant des troubles de la personnalité»⁹²⁰.

La Recommandation N° R (98) 7 relative aux soins de santé en milieu pénitentiaire affirme, par ailleurs, que conformément au principe d'équivalence, tout détenu souffrant de maladie mentale doit pouvoir bénéficier de soins appropriés, ambulatoires et/ou hospitaliers. En ce qui concerne les soins hospitaliers, elle fait état de deux options qui peuvent être envisagées en fonction des orientations choisies en matière de politique de santé. La première option, défendue principalement sur le plan éthique, commande que les détenus malades mentaux soient hospitalisés en dehors du système pénitentiaire, c'est-à-dire dans un établissement médical du système de santé ordinaire afin de privilégier l'accès à des soins psychiatriques appropriés. La seconde option consiste à développer l'unité hospitalière psychiatrique au sein d'un établissement pénitentiaire afin de pouvoir administrer les soins dans des conditions optimales de sécurité et d'intensifier les activités des services médicaux et sociaux à l'intérieur de l'établissement de détention. La décision d'admettre un détenu dans un hôpital public doit toutefois être prise par un médecin psychiatre «sous réserve de l'autorisation des autorités compétentes»⁹²¹.

Les auteurs du «Livre blanc» font le choix d'une solution s'apparentant presque au compromis, puisqu'ils n'excluent pas qu'un détenu atteint de troubles mentaux puisse être traité au sein de la communauté pénitentiaire normale; une telle solution dépend de la gravité du trouble, le choix du lieu appartenant à un expert statuant après examen de la personne⁹²². La Recom-

⁹¹⁹ Art. 100 des Règles pénitentiaires européennes, ainsi que supra, I^e Partie, section D, sous-section c), par. 3, ii).

⁹²⁰ Art. 7 par. iv) let. b) et d) de la Recommandation 1235 (1994).

⁹²¹ Point D, §§ 52-59 de la Recommandation N° R (98)7.

⁹²² «Livre blanc», point 9, par. 9. Les auteurs soulignent également l'importance de dispenser une formation appropriée aux membres de la police en matière d'évaluation et de gestion des situations impliquant des personnes atteintes de troubles mentaux.

mandation N° REC(2004)10 se réfère tout simplement à un «environnement approprié», sans donner d'autres précisions⁹²³.

Quand bien même pour l'instant purement spéculatives, les diverses interprétations défendues pourraient avoir des conséquences non négligeables en matière de réorganisation du système pénitentiaire.

La deuxième remarque prend la forme de l'expression d'une critique. Le vrai motif qui avait retardé le transfert du requérant était le refus du syndicat du personnel soignant de Oakwood de l'accueillir en raison du manque de moyens suffisants. Le syndicat, d'après le droit interne, n'était toutefois pas l'autorité compétente pour décider du moment opportun pour ledit transfert. Par conséquent, la prolongation de la détention de l'intéressé à Broadmoor aurait dû être déclarée non conforme aux voies légales internes⁹²⁴. La Cour n'a pas abordé la question. Néanmoins, elle a concédé que le requérant avait subi, du point de vue humain, une injustice puisqu'il avait dû endurer le régime plus strict de Broadmoor pendant dix-neuf mois de plus que ne l'exigeait son état mental, fait malencontreux que le Gouvernement regrettait beaucoup⁹²⁵. En somme, dans certaines circonstances, des regrets de la part des autorités suffisent pour admettre qu'une raison de politique interne – d'après le Gouvernement si le transfert avait été imposé, l'aboutissement de l'accord avec le syndicat afin qu'il lève l'interdiction s'opposant à l'accueil des patients délinquants à Oakwood aurait été compromis – puisse décider pendant dix-neuf mois du sort d'un malade mental.

La troisième remarque consiste en l'expression d'un regret. En effet, en partant du principe que tout malade mental doit être détenu dans un *établissement approprié* au but visé par la détention, à savoir l'administration d'un traitement, la Cour aurait pu «brûler» une étape et consacrer définitivement le droit de tout malade mental à être détenu dans *l'établissement le plus approprié* à la guérison ou à l'amélioration de son état mental. En revanche, elle s'est limitée à confirmer la jurisprudence Winterwerp c. Pays-Bas, selon laquelle «le droit pour un patient à un traitement médical approprié ne découle pas en tant que tel, de l'article 5 alinéa 1 lettre e)»⁹²⁶. Ceci s'explique peut-être par le fait qu'en l'espèce, conclure que le droit au traitement ou au régime adéquat

⁹²³ Art. 19 al. 3 de la Recommandation N° REC(2004)10.

⁹²⁴ Supra, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 1). L'autorité compétente d'après le droit interne se trouvaient être, d'une part, les médecins-chefs des deux hôpitaux, et, d'autre part, le Ministre des affaires sociales. Les deux médecins avaient donné leur accord et le Ministre avait autorisé le transfert. Le seul motif valable pour retarder le transfert aurait dû être l'état mental du requérant, et non le manque de moyens de l'hôpital d'Oakwood pour assurer la sécurité des autres patients, CommEDH, affaire Ashingdane c. Royaume-Uni, avis du 12 mai 1983, §§ 28-33. Voir également, CourEDH, affaire Mancini c. Italie, arrêt du 2 août 2001, §§ 18-19.

⁹²⁵ CourEDH, affaire Ashingdane c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985, § 49.

⁹²⁶ Ibid., § 44 *in fine*; CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 51.

relevait en principe de la let. e) de l'art. 5 CEDH, aurait signifié reconnaître la violation de ce dernier en allant à l'encontre des argumentations raisonnables du Gouvernement défendeur. Cette question peut se poser mais reste sans réponse au vu du manque d'éléments pour y répondre. Il est toutefois certain qu'un avis en faveur d'une telle conclusion existait. D'après le Juge dissident PETTITI, l'internement d'un malade mental a pour objet le traitement en vue de sa guérison. La tâche de l'administration consiste dans la recherche des meilleurs moyens d'assurer le traitement médical entraînant la guérison. Dès lors, le séjour dans un établissement inadapté à l'état de santé du malade mental est une détention irrégulière au sens de la let. e) de l'art. 5 CEDH⁹²⁷.

L'opinion du Juge PETTITI doit être entièrement partagée. Il en va d'une application correcte du principe de la proportionnalité. Plus précisément, l'internement dans un établissement qui n'est pas le plus adapté à l'état de santé mentale du malade, comportant éventuellement un risque de détérioration de ce dernier, ne respecte pas le principe d'adéquation, car les moyens ne correspondent pas au but recherché, à savoir le traitement visant à la réintégration du malade mental dans la société.

Avec le temps, les Juges de Strasbourg se sont montrés perméables aux critiques que nous venons d'exposer.

Depuis l'arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni*, la Cour a dû se prononcer sur une problématique similaire notamment dans l'affaire *Aerts c. Belgique*⁹²⁸.

Rappelons⁹²⁹ qu'en l'occurrence, le transfert du requérant de l'annexe psychiatrique de l'établissement pénitentiaire de Lantin à un établissement de défense sociale n'avait eu lieu que sept mois après qu'il avait été ordonné⁹³⁰. La Cour a conclu que ces sept mois d'attente constituaient une violation de la Convention. Elle a relevé qu'un lien est nécessaire entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, d'autre part, le lieu et le régime de détention. Dès lors, la détention d'une personne comme malade mental ne peut être régulière que si elle se déroule dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié. L'annexe psychiatrique de Lantin ne pouvait pas être considérée comme un établissement approprié, puisque les malades mentaux n'y bénéficiaient ni d'un suivi médical, ni d'un environnement thérapeutique. Un seul psychiatre – qui travaillait dans cet établissement dix heures par semaine – était en charge potentielle des sept

⁹²⁷ CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, opinion dissidente du Juge PETTITI.

⁹²⁸ CourEDH, affaire *Aerts c. Belgique*, arrêt du 30 juillet 1998.

⁹²⁹ *Supra*, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 1, iii.b).

⁹³⁰ CourEDH, affaire *Aerts c. Belgique*, arrêt du 30 juillet 1998, §§ 8-16.

cents détenus de l'ensemble de la prison et consacrait environ six heures par semaine à l'annexe psychiatrique où séjournaient trente à cinquante cinq pensionnaires. Il n'y avait pas d'infirmiers diplômés, mais seulement des surveillants sans formation spéciale⁹³¹.

La décision de la Cour a sans doute été facilitée par le fait que les autorités belges avaient admis que la prise en charge du requérant n'avait pas été suffisante d'un point de vue thérapeutique. Cette décision constitue néanmoins un pas en avant par rapport à l'arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni*. Elle ne consacre pas en tant que tel un droit pour le malade d'être hébergé dans l'établissement le «plus approprié» à son état mental⁹³². Elle laisse néanmoins la porte entrouverte. Cette solution du reste n'est pas complètement exclue par la Cour elle-même, car d'après sa jurisprudence c'est seulement *en principe* que le droit à un traitement approprié à l'état mental du patient ne relève pas de la let. e) de l'art. 5 CEDH. Une interprétation extensive de la notion d'établissement approprié demeure possible.

Une telle interprétation semble même prendre des formes réelles si nous nous rappelons que, dans l'affaire *Johnson c. Royaume-Uni*⁹³³, la Cour a conclu à l'unanimité à la violation de l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH en raison de la prolongation de l'internement de l'intéressé pendant presque quatre ans, au motif que l'institution spécialisée n'avait pas été en mesure de garantir l'élargissement sous conditions dans un délai raisonnable, et ce – ce qui est important – en dépit de l'attitude négative du requérant devant le peu de propositions qui lui avait été faites⁹³⁴.

A cet égard, il est opportun de noter que le «Livre blanc» souligne expressément la nécessité pour les Etats d'adopter des mesures adéquates pour créer des liens entre les services hospitaliers et les services communautaires, puisque le défaut de ces derniers ne peut en aucun cas être une raison «suffisante» pour prolonger la privation de liberté⁹³⁵. De plus, selon les normes du CPT, que des personnes soient contraintes de rester privées de liberté, faute d'infrastructures extérieures appropriées, est un «état de chose hautement contestable»⁹³⁶.

⁹³¹ Ibid., §§ 46-49. Notons que la Cour a également examiné – pour répondre par la négative – si les conditions de détention du requérant avaient atteint le seuil de gravité exigé par l'art. 3 CEDH. Ibid. §§ 65-66 et à propos de l'application de cette disposition, *infra*, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 2, iv.b).

⁹³² CommEDH, affaire *Aerts c. Belgique*, avis du 20 mai 1997, § 59.

⁹³³ CourEDH, affaire *Johnson c. Royaume-Uni*, arrêt du 24 octobre 1997.

⁹³⁴ Ibid., §§ 65-67 et, dans le même sens, CourEDH, affaire *Morsink c. Pays-Bas*, arrêt du 11 mai 2004, §§ 65-70; CourEDH, affaire *Brand c. Pays-Bas*, arrêt du 11 mai 2004, §§ 58-67 ainsi que CourEDH, affaire *Kolanis c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 juin 2005, §§ 69-73 et 78-82, où, cependant, la violation de la Convention a été constatée sur la base de l'art. 5 al. 4 CEDH. Voir également nos développements, *supra*, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 2, iii).

⁹³⁵ «Livre blanc», point 13, par. 2.

⁹³⁶ Normes CPT, par. 57.

Il ne faut d'ailleurs pas non plus perdre de vue le fait que l'absence de traitement psychiatrique dans un établissement de détention adéquat eu égard aux conditions physiques et psychiques de l'intéressé peut, dans certaines circonstances, atteindre un niveau de gravité suffisant pour permettre l'application de l'art. 3 CEDH⁹³⁷.

iv.b) L'application de l'art. 3 CEDH

L'art. 3 CEDH, qui interdit tout traitement inhumain et dégradant, pourrait constituer la base légale consacrant le droit de tout malade mental d'être détenu dans l'établissement le plus approprié à sa guérison et/ou amélioration. Il s'agirait néanmoins d'une base légale quelque peu minimaliste⁹³⁸, mais qui, au vu des développements récents, ne doit pas être sous-estimée, à tout le moins en ce qui concerne les malades mentaux délinquants détenus dans un établissement pénitentiaire⁹³⁹.

Dans l'affaire Keenan c. Royaume-Uni⁹⁴⁰, la Cour a en effet jugé, sans ambiguïté, que certains traitements enfreignent l'art. 3 CEDH du fait qu'ils sont infligés à un prisonnier souffrant de troubles mentaux⁹⁴¹. Il faut en-

⁹³⁷ Il convient à cet égard de citer l'affaire Bizzotto c. Grèce concernant un trafiquant de stupéfiants toxicomane, qui se plaignait de l'irrégularité de sa détention au motif qu'il avait été détenu dans une prison ordinaire et non dans un établissement pénitentiaire à caractère thérapeutique approprié pour recevoir un traitement de sevrage adéquat ainsi que le tribunal l'avait décidé. La Cour n'a pas reconnu la violation alléguée parce que la détention dans un établissement thérapeutique constitue une modalité d'application de la peine qui pourrait, certes, tomber sous le coup de l'art. 3 CEDH mais n'influe, en principe, pas sur la régularité de la privation de liberté, CourEDH, affaire Bizzotto c. Grèce, arrêt du 15 novembre 1996, §§ 31-35. Aujourd'hui, cette jurisprudence apparaît en partie dépassée, à tout le moins si la détention est régie par la let. e) de l'art. 5 CEDH. Notons de surcroît que, toujours dans l'affaire Bizzotto c. Grèce, la Commission avait reconnu la détention litigieuse comme irrégulière, le requérant n'ayant pu bénéficier d'aucun encadrement thérapeutique en prison, à l'exception de l'administration occasionnelle de somnifères, ce qui ne pouvait pas être considéré comme un traitement thérapeutique adapté à sa toxicomanie, CommEDH, affaire Bizzotto c. Grèce, avis du 5 juillet 1995, §§ 41-47.

⁹³⁸ CourEDH, affaire R. L. et M.-J. D. c. France, arrêt du 19 mai 2004, §§ 61-62; CourEDH, affaire Zeynep Avci c. Turquie, arrêt du 6 février 2003, § 69 et CourEDH, affaire Kudla Andrzej c. Pologne, arrêt du 26 octobre 2000, §§ 91-94. Voir également, SUDRE (4), pp. 155-175 et surtout pp. 162 et 168.

⁹³⁹ Citant la Cour, l'art. 3 CEDH «impose à l'Etat se s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate notamment par l'administration des soins médicaux requis», CourEDH, affaire Kudla Andrzej c. Pologne, arrêt du 26 octobre 2000, § 94.

⁹⁴⁰ CourEDH, affaire Keenan c. Royaume-Uni, arrêt du 3 avril 2001.

⁹⁴¹ *Ibid.*, §§ 109-116.

core pouvoir déterminer quels sont ces traitements. En l'espèce, le cas était particulièrement grave. Cinq jours avant d'avoir été incarcéré, le requérant avait été diagnostiqué comme présentant des troubles de la personnalité, une psychose paranoïde et des menaces de suicide. Libéré sous caution, puis réincarcéré quelques mois plus tard pour purger une peine de quatre mois d'emprisonnement, le jeune homme avait manifesté des troubles très sérieux. Quinze jours après son emprisonnement, il avait menacé de se pendre et une corde, faite avec des draps, avait été trouvée dans sa cellule. Deux semaines plus tard, il avait agressé deux surveillants. Un médecin de l'établissement, qui n'avait que six mois de formation psychiatrique, l'avait déclaré apte à être jugé pour cette agression et l'avait placé, avec l'accord du Directeur adjoint de la prison, dans l'unité d'isolement du quartier disciplinaire. Le requérant avait alors menacé de se tuer, avait affirmé qu'il entendait des voix et qu'il pensait qu'il était le Christ. Il était resté néanmoins dans l'unité d'isolement pendant 3 jours. Le dernier jour, il s'était pendu avec une corde confectionnée à l'aide de draps⁹⁴². Devant cet état de fait, les Juges de Strasbourg auraient pu difficilement parvenir à une autre conclusion que celle de la violation de l'art. 3 CEDH⁹⁴³.

Il n'en demeure pas moins que dans ce domaine la notion de traitement contraire à l'art. 3 CEDH reste encore relativement incertaine, compte tenu également du seuil de gravité exigé. En effet, dans l'affaire *Kudla Andrzej c. Pologne*⁹⁴⁴ – antérieure à l'affaire *Keenan* citée ci-dessus –, la Cour avait refusé de constater une violation de l'art. 3 CEDH, en admettant néanmoins que la détention de l'intéressé en prison – qui souffrait d'une dépression chronique avec tentatives de suicide – avait vraisemblablement exacerbé son sentiment de détresse, d'angoisse et de crainte sans toutefois atteindre la gravité exigée par la disposition conventionnelle⁹⁴⁵.

Deux affaires méritent néanmoins d'être citées puisqu'elles ont trait à des situations, semblables à celles que pourraient vivre des malades mentaux, où la Cour s'est montrée plus courageuse. Dans l'affaire *Price c. Royaume-Uni*⁹⁴⁶, notamment, elle a jugé que le fait d'avoir maintenu en détention la requérante, handicapée physique des quatre membres, dans des conditions inadaptées

⁹⁴² Ibid., §§ 10-43.

⁹⁴³ Ibid., § 116.

⁹⁴⁴ CourEDH, affaire *Kudla Andrzej c. Pologne*, arrêt du 26 octobre 2000.

⁹⁴⁵ Ibid., § 90-99.

⁹⁴⁶ CourEDH, affaire *Price c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 juillet 2001.

à son état de santé était constitutif d'un traitement dégradant⁹⁴⁷. De la sorte, dans l'affaire Musial c. Pologne⁹⁴⁸, antérieure également à l'arrêt Keenan précité, la violation de l'art. 3 CEDH avait été constatée dans le cas d'un prisonnier souffrant d'une leucémie lymphoïde chronique et dont le transfert en milieu hospitalier n'avait pas été autorisé, obligeant le détenu à des fréquents déplacements afin de recevoir son traitement anticancéreux. Ces déplacements avaient aggravé son état de santé, ce d'autant qu'il était enchaîné et devait porter des menottes durant les séances de chimiothérapie⁹⁴⁹.

Quoi qu'il en soit, le seuil de gravité devant être atteint afin de se prévaloir de l'art. 3 CEDH rend le recours à cette garantie peu adéquat pour une protection régulière satisfaisante d'un malade mental, délinquant ou non, dans un établissement inapproprié aux besoins thérapeutiques et de réinsertion⁹⁵⁰.

Il n'en demeure que l'établissement approprié pour la détention du malade mental devrait en principe être aussi, mais surtout, apte à administrer le traitement le plus adéquat à l'état du malade.

La Recommandation N° R (83) 2 du Conseil de l'Europe dispose que tout patient a le droit de recevoir un traitement et des soins appropriés et qu'un patient peut être transféré d'un établissement à un autre lorsque l'intérêt thérapeutique l'exige⁹⁵¹.

Selon le projet DAES, l'établissement approprié doit disposer de stocks suffisants approvisionnés régulièrement, être équipé de matériel de diagnos-

⁹⁴⁷ Ibid., § 30. Dans cette affaire, la Cour a relevé que la détention d'une personne gravement handicapée dans des conditions où elle souffre dangereusement du froid, risque de présenter des lésions cutanées du fait de la dureté ou de l'inaccessibilité de son lit et ne peut que très difficilement aller aux toilettes ou se laver, constituait un traitement dégradant, et ce même si le transfert de la prison dans un hôpital était impossible car elle ne souffrait «d'aucune maladie particulière», *ibid.* § 29. Cette conclusion est d'autant plus défendable que la requérante – qui présentait une malformation des quatre membres à la suite de la phocomélie occasionnée par la thalidomide, ne se déplaçait qu'en fauteuil électrique et souffrait de problème rénaux – avait été condamnée à sept jours d'emprisonnement pour outrage à magistrat (*contempt of court*) en raison de son refus de répondre aux questions sur sa situation financière dans le cadre d'une procédure en recouvrement d'une dette, *ibid.* § 7.

⁹⁴⁸ CourEDH, affaire Musial c. Pologne, arrêt du 25 mars 1999.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, §§ 40-48.

⁹⁵⁰ Selon la jurisprudence constante, un traitement ou une peine est «dégradant» si le but visé est d'humilier et de rabaisser l'intéressé; peu importe si, sous l'angle de ses effets, la mesure a ou non atteint gravement la personnalité de celui-ci. Un traitement est également dégradant s'il est de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique ou morale de la personne qui en est victime ou à la conduire à agir contre sa volonté ou sa conscience, CourEDH, affaire Keenan c. Royaume-Uni, arrêt du 3 avril 2001, § 109 et renvois. Très récemment, la Cour a jugé qu'une peine à perpétuité infligée à un malade mental délinquant pourrait enfreindre l'art. 3 CEDH, CourEDH, affaire Leger c. France, arrêt du 11 avril 2006, §§ 90-93. Voir également, en général, CALLEWAERT (2) pp. 13-38 ainsi que ADDO, pp. 510-524 et SUDRE (4), pp. 158-159.

⁹⁵¹ Art. 5 al. 1^{er} *in fine* et 7 de la Recommandation N° R (83) 2.

tic et de traitement, être doté d'un personnel médical et infirmier qualifié en nombre suffisant et disposer de l'espace voulu pour offrir au patient une thérapie appropriée et active et, si possible, l'opportunité de s'isoler⁹⁵².

D'ailleurs, les Etats développent de plus en plus le transfert thérapeutique du patient d'un établissement à l'autre, souvent – ce qui est important – en tenant compte des désirs du patient lui-même.

Les auteurs du «Livre blanc» soulignent que dans certains pays les personnes atteintes de troubles mentaux, nécessitant un traitement en hôpital, sont détenues en milieu carcéral et que l'absence de transfert peut provenir également d'une capacité hospitalière insuffisante ou inadaptée sous l'angle de la sécurité, voire de la réticence des services sociaux de santé mentale à accepter de tels malades. Ils rappellent ainsi clairement aux Etats membres qu'il leur incombe de remédier «à ces atteintes aux droits de l'homme»⁹⁵³. Ils indiquent également qu'un détenu qui considère que les soins reçus en prison sont inappropriés à son état ou qui considère que son état est incompatible avec un environnement pénitentiaire devrait être en mesure de requérir l'avis d'un expert et, si le transfert lui est refusé, d'avoir recours à un système d'appel effectif⁹⁵⁴.

La Recommandation N° REC(2004)10 abonde dans ce sens et prévoit expressément que les personnes atteintes des troubles mentaux détenus dans des établissements pénitentiaires doivent bénéficier d'options thérapeutiques appropriées et être transférées à l'hôpital si leur santé l'exige⁹⁵⁵.

Il est à espérer que la Cour se référera un jour à ces textes et consacrera définitivement le droit de tout malade mental à être hospitalisé dans le lieu le plus propice eu égard à sa santé mentale⁹⁵⁶. Encourageons-la dans ce sens⁹⁵⁷. Si tel ne devait pas être le cas, il conviendrait de souhaiter tout au moins que

⁹⁵² Art. 8 al. 1 du Projet DAES. Cette définition, vraisemblablement à cause des engagements qu'elle comportait, n'a toutefois pas été reprise dans la version définitive.

⁹⁵³ «Livre blanc», point 9, par.11.

⁹⁵⁴ Ibid, par. 9.

⁹⁵⁵ Art. 35 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, §§ 246-255.

⁹⁵⁶ Il est intéressant de noter que les étrangers souffrant d'un handicap physique et/ou mental ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement vers un pays non susceptible d'offrir les garanties d'accueils appropriées, notamment médicales, sous peine pour l'Etat de renvoi de violer l'art. 3 de la CEDH, CommEDH, req. 19465/92, M.N. c. France, rapport du 10 mars 1994; CommEDH, req. 25342/94, Raidl c. Autriche, DR 82A, p. 134 et 146 ainsi que CourEDH, Bensaid c. Royaume-Uni, arrêt du 6 février 2001 §§ 32-41 et les références citées. Cette dernière affaire concernait l'expulsion d'un malade mental souffrant de schizophrénie en Algérie; la Cour a néanmoins conclu à l'absence de violation de la Convention, puisque les difficultés que le malade allait rencontrer à la suite de son renvoi n'atteignaient pas le seuil de gravité de l'art. 3 CEDH.

⁹⁵⁷ Tel est du reste le souhait du Juge PETTITI, CourEDH, affaire Ashingdane c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985, opinion dissidente du Juge PETTITI.

la qualification d'établissement «approprié» par les autorités nationales ne suffira pas à considérer le maintien de la détention comme régulier.

iv.c) Quelques solutions nationales

S'agissant de la notion d'«établissement approprié» selon les droits nationaux il convient de relever ce qui suit.

Le législateur suisse est resté particulièrement vague. En effet, à ses yeux, un établissement qui «répond» de «façon satisfaisante» aux besoins de la personne placée, notamment parce que l'organisation et le personnel dont il dispose lui permettent de prodiguer les «soins essentiels» qui lui sont nécessaires, doit être qualifié d'établissement approprié⁹⁵⁸. Tel ne semble en principe pas être le cas d'un établissement pénitentiaire⁹⁵⁹. Il est, néanmoins, intéressant de signaler que, selon la jurisprudence, l'hypothèse de renoncer à ordonner la privation de liberté parce qu'un établissement approprié n'a pas pu être trouvé, apparaît ne pas être rejetée d'emblée⁹⁶⁰, en particulier car il «ne peut être question de disposer toujours d'un établissement idéal au moment requis»⁹⁶¹. Par ailleurs, un établissement public ne saurait refuser l'admission de personnes privées de liberté sous peine de se soustraire d'une manière illégale aux tâches qui lui incombent en sa qualité d'établissement étatique⁹⁶². Entre l'énoncé du principe et sa mise en exécution, des défaillances ne sont toutefois pas à exclure.

En Inde, la loi se limite à indiquer que les autorités «peuvent» créer des hôpitaux ou des cliniques psychiatriques afin de traiter et de soigner des malades mentaux dans des lieux qu'elles estiment appropriés (sic!). Il est égale-

⁹⁵⁸ FF 1977 III 28 et renvois ainsi que ATF 114 II 213 consid. 7 et ATF 112 II 486 consid. 3. A cet égard, il convient néanmoins de citer le cas d'une patiente de quarante ans souffrant de graves troubles psychiques et faisant l'objet d'un internement civil, qui s'était suicidée en prison dans le quartier des femmes, où elle était détenue. Elle ne se trouvait pas dans l'hôpital psychiatrique – c'est-à-dire dans l'«établissement adéquat» – car les structures de sécurité nécessaires pour éviter qu'elle ne prenne la fuite faisaient défaut; MASMEJAN, D., «Une patiente psychologiquement perturbée se suicide en prison», *Le Temps*, 30 janvier 2003.

⁹⁵⁹ ATF 112 II 486 consid. 4; ATF du 22 janvier 2003 [5C.11/2003] en la cause S. O. c. canton Berne, consid. 2; ATF du 20 novembre 2002 [5C.250/2002] en la cause J. K. c. canton Berne, consid. 2 et ATF du 18 juillet 2001 [5C.182/2001] en la cause G. H. c. canton de Berne, consid. 2a et 2b. En effet, sauf si le malade constitue un danger particulier, un établissement pénitentiaire, ne disposant pas d'un secteur médical spécifique avec du personnel médical formé ou l'intéressé puisse recevoir les soins dont il a besoin, ne peut être considéré comme un établissement approprié.

⁹⁶⁰ Dans ce sens, NIVEAU/BERTRAND (3), p. 1246 ainsi que NIVEAU (1), p. 263.

⁹⁶¹ Décision de l'Autorité de surveillance des tutelles du canton de Genève du 29 mai 1995 en la cause P., SJ 1995 710 et renvois. Il sied de relever que les futures dispositions du Code pénal suisse relatives aux mesures thérapeutiques et à l'internement prévoient clairement que, en règle générale, le juge n'ordonne une mesure que si un établissement approprié est à disposition, art. 56 al. 5 nCPS.

⁹⁶² *Ibid.*, 711.

ment prévu que des établissements distincts peuvent être créés et entretenus pour les mineurs de moins de seize ans, les personnes dont le comportement est modifié par une dépendance à l'alcool ou aux médicaments, les personnes faisant l'objet d'une condamnation pénale et pour d'autres personnes «appartenant à toute autre classe ou catégorie de personnes éventuellement spécifiée». Ces établissements doivent être agréés⁹⁶³.

Au Japon, la loi se borne à prévoir que les établissements appropriés doivent être des établissements «agréés». L'existence d'établissements de réadaptation est néanmoins prévue⁹⁶⁴. En Finlande, une distinction est faite entre les hôpitaux psychiatriques communaux et les hôpitaux psychiatriques d'Etat. Les malades mentaux ou autres personnes atteintes de troubles mentaux particulièrement dangereux sont admis en principe dans ces derniers, sauf si les exigences thérapeutiques en commandent autrement⁹⁶⁵. La loi française, enfin, traite surtout des conditions formelles et matérielles pour l'obtention de l'agrément par les préfets des lieux de détention⁹⁶⁶.

Il convient également de citer, en guise de résumé, les lignes directrices élaborées par le CPT, qui traitent de la détention des patients involontaires dans un établissement psychiatrique et qui ont pour but d'indiquer la qualité de soins et de traitement requise par les Etats membres du Conseil de l'Europe. Il est possible de déduire de ces normes quelques éléments essentiels, qui devraient permettre de déterminer ce qu'il faut comprendre par établissement approprié. En particulier, les patients doivent bénéficier de conditions de séjour décentes – notamment une alimentation, du chauffage et un habillement adéquats –, d'installations sanitaires préservant l'intimité, de l'accès à des équipements de loisirs et de la possibilité de faire quotidiennement de l'exercice en plein air. Un traitement individuel assorti d'un protocole de traitement doit être mis en place; les grands dortoirs doivent être progressivement fermés et les patients doivent avoir accès à leur chambre pendant la journée ainsi que la possibilité de porter des vêtements individualisés plutôt que de rester en permanence en pyjama ou en robe de chambre. Par ailleurs, s'agissant de l'encadrement thérapeutique devant être offert, les lignes directrices exigent une sélection soigneuse et une formation appropriée du personnel travaillant dans l'établissement. Elles requièrent des ressources en personnel suffisantes ainsi que l'exercice d'un contrôle approprié pour assurer que le rôle thérapeutique ne soit pas relégué à l'arrière plan par rapport aux considérations de sécurité. Enfin, elles souhaitent la supervision par le personnel de santé qualifié du travail du personnel auxiliaire⁹⁶⁷.

⁹⁶³ Art. 5 à 14 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

⁹⁶⁴ Art. 4 à 12 de la Loi du Japon N° 123 de 1950.

⁹⁶⁵ Art. 9 à 12 de la Loi de Finlande du 31 mars 1988.

⁹⁶⁶ Art. L.331 à L.332-2 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990.

⁹⁶⁷ Normes CPT, par. 32 et ss.

En bref, si le contrôle de la légalité apparaît essentiellement «formel», la Cour exerce également un contrôle des motifs justifiant l'hospitalisation. Quatre conditions minimales sont imposées par la jurisprudence: un trouble mental réel établi par une expertise médicale objective, laquelle doit aussi constater la dangerosité du malade mental pour l'ordre public ou pour lui-même, la persistance du trouble durant tout l'internement, lequel doit être exécuté dans un établissement approprié et ordonné dans un but principalement thérapeutique et non pas de police au sens propre du terme. Malheureusement, la portée du contrôle de ces exigences de régularité est très limitée. Cela s'explique, d'une part, par le fait qu'il n'appartient pas aux organes de Strasbourg d'apprécier les preuves produites devant les autorités nationales dans un cas donné et, d'autre part, en raison de la complexité du domaine de la maladie mentale et de son traitement.

Les particularités de certains placements ont des effets sur l'application de la let. e) de l'art. 5 CEDH.

c) Les modalités particulières de certains placements

Si, en principe, les exigences minimales conventionnelles de régularité de la let. e) de l'art. 5 CEDH doivent être respectées pour toute privation de liberté d'un malade mental, qu'il soit délinquant ou non, adulte ou mineur, leur application peut être restreinte, voire mise en discussion. C'est le cas pour les délinquants malades mentaux internés suite à une procédure pénale (1), pour les délinquants d'habitude ou récidivistes (2) ainsi que pour tout malade qui fait l'objet d'un internement d'urgence (3) ou d'un placement en vue d'observation (4).

1) Le placement d'un délinquant malade mental: quid de la base légale?

La détention visée par la let. a) de l'art. 5 CEDH est liée à la réprobation sociale entourant la commission d'un acte pénalement répréhensible ainsi qu'à la condamnation de l'auteur de l'acte à une peine privative de liberté d'une durée déterminée en découlant. La culpabilité du délinquant condamné restant la même tout le long de la détention, un contrôle périodique de la détention ne se justifie pas. L'internement de la let. e) répond à la nécessité thérapeutique de traiter une personne en raison de son état d'aliénation grave aussi longtemps que cet état persiste. L'état de santé mental étant évolutif, un contrôle périodique est essentiel.

La question de la base légale fondant la privation de liberté d'un malade mental ayant perpétré un acte criminel se pose dès lors. Cette question a son importance, la protection offerte par la let. e), compte tenu notamment de son élément thérapeutique, étant plus étendue et, pour le malade mental délinquant, plus appropriée que celle offerte par la let. a).

Par le passé, dans sa première jurisprudence, la Commission affirmait clairement que la détention d'un malade mental délinquant condamné à une peine privative de liberté de durée indéterminée, sans possibilité de contrôle périodique de la justification de la détention, relevait et était conforme à la let. a) de l'art. 5 CEDH⁹⁶⁸. Cette jurisprudence revenait à traiter les aliénés délinquants plus durement que les autres criminels, les premiers encourant le risque de subir une peine d'une durée supérieure à celle qu'ils auraient dû purger en cas d'absence de troubles mentaux. Cette jurisprudence n'a pas tenu longtemps. Trois options d'interprétation se proposaient aux organes de Strasbourg:

- l'application de la let. a) de l'art. 5 CEDH jusqu'au prononcé de la sentence pénale, moment à partir duquel la let. e) «prend le relève»; ou alors
- l'application des let. a) et e) dès le début, la let. e) étant la seule applicable à la détention après la décision pénale; ou encore et sans détour,
- l'application unique de la let. e) à l'exclusion de la let. a), indépendamment de l'issue de la procédure pénale⁹⁶⁹.

Aujourd'hui le choix est fait⁹⁷⁰ et il est possible de distinguer trois situations.

Si le malade mental délinquant est acquitté en raison de son état psychique et interné dans un établissement approprié – comme c'était le cas notamment dans l'affaire *Luberti c. Italie*⁹⁷¹ – la let. e) s'applique de manière exclusive, car la let. a) ne vise que la détention suite à une condamnation⁹⁷².

Récemment, la Cour a semblé toutefois suggérer que, dans un tel cas, l'intéressé est régulièrement détenu en vertu d'une décision qui a le caractère autant d'une «condamnation par un tribunal compétent» au sens de la let. a) que d'une mesure prise à l'égard d'un «aliéné» au sens de la let. e), les deux situations ne s'excluant pas. Dans l'affaire *da Silva Rocha c. Portugal*⁹⁷³

⁹⁶⁸ CommEDH, req. 2518/65, X c. Danemark, Annuaire 1965, p. 374; CommEDH, req. 5624/72, X c. Pays-Bas, Coll. Déc., p. 115 et CommEDH, req. 6591/74, X c. Pays-Bas, DR 3, p. 90.

⁹⁶⁹ Dans ce sens, QUINN, pp. 31-32.

⁹⁷⁰ Voir aussi supra, I^e Partie, section D, sous-section b), par. 1, i).

⁹⁷¹ CourEDH, affaire *Luberti c. Italie*, arrêt du 23 février 1984.

⁹⁷² Ibid., § 25 ainsi que CommEDH, affaire *Luberti c. Italie*, avis du 6 mai 1982, § 47.

⁹⁷³ CourEDH, affaire *da Silva Rocha c. Portugal*, arrêt du 15 novembre 1996.

le requérant – qui avait tué son voisin à la suite d’une altercation – avait été considéré pénalement irresponsable, dangereux et interné pour une durée minimale de trois ans. Selon les Juges de Strasbourg, l’internement tombait sous le coup des let. a) et e) appliquées simultanément⁹⁷⁴.

De même, la let. e) et la let. c) de l’art. 5 CEDH pourraient s’alterner, chacune régissant séparément des périodes différentes de la même détention jusqu’à l’acquiescement définitif. C’était le cas dans l’affaire *Herczegfalvy c. Autriche*⁹⁷⁵, où la Cour a sectionné la privation de liberté en quatre phases, dont deux justifiées par des soucis propres à la détention préventive et les deux autres relevant de la let. e) faute de condamnation du fait de l’irresponsabilité pénale du requérant⁹⁷⁶. C’était aussi le cas dans l’affaire *Johnson c. Royaume-Uni*⁹⁷⁷, où, toutefois, seule la période qui relevait de la let. e) était examinée⁹⁷⁸. Il en allait de même dans l’affaire *Erkalo c. Pays-Bas*⁹⁷⁹. Le requérant, reconnu coupable de deux homicides volontaires pour avoir pénétré par effraction dans les demeures de deux veilles dames avant de les étrangler, avait été condamné à cinq ans d’emprisonnement, placé à la disposition du Gouvernement et interné dans un établissement psychiatrique. Par ailleurs, l’exécution de la peine de prison avait été écourtée au profit de la mesure d’internement compte tenu de son état mental. La Cour n’a pas eu d’hésitation à considérer que la première période de détention, exécutée en prison, était régie par la let. a), tandis que la deuxième partie était exclusivement sous l’empire de la let. e) de l’art. 5 CEDH⁹⁸⁰.

Si le malade mental délinquant est jugé et condamné nonobstant son état psychique, mais que – comme dans l’affaire *X c. Royaume-Uni*⁹⁸¹ –, au lieu de prononcer une peine de prison, les autorités internes ordonnent l’hospitali-

⁹⁷⁴ Ibid., §§ 8-10 et 27. L’application simultanée des let. a) et e) a permis à la Cour d’étendre sa jurisprudence en matière de contrôle judiciaire incorporé également aux décisions d’internement adoptées dans le cadre de mesures de sûreté, en excluant pendant un temps déterminé le contrôle juridictionnel au sens de l’art. 5 al. 4 CEDH, *ibid.* § 29 ainsi que *infra* III^e Partie, section A, sous-section c), par. 1 et 2.

⁹⁷⁵ CourEDH, affaire *Herczegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992.

⁹⁷⁶ Dans cette affaire, la première période de détention préventive – du 27 mai 1978 au janvier 1979 – avait été remplacée par la deuxième période régie par la let. e) – du 10 janvier au 3 octobre 1979 –, suivie de la troisième période relevant à nouveau de la let. c), l’ordonnance d’internement du requérant ayant été annulée – du 3 octobre 1979 au 9 avril 1980 – et remplacée, enfin, par la quatrième période sous l’égide définitive de la let. e) – du 9 avril 1980 au 28 novembre 1984 –, *ibid.*, §§ 60-68.

⁹⁷⁷ CourEDH, affaire *Johnson c. Royaume-Uni*, arrêt du 24 octobre 1997.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, § 58.

⁹⁷⁹ CourEDH, affaire *Erkalo c. Pays-Bas*, arrêt du 2 septembre 1998.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, §§ 10 et 51.

⁹⁸¹ CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981.

sation, la Cour estime que c'est la let. e), avec les garanties qu'elle comporte, qui s'applique⁹⁸².

Si le malade mental délinquant est déclaré partiellement responsable, il peut, selon les législations internes, être condamné à une peine de prison de durée déterminée puis, à l'expiration de celle-ci, à un internement de durée, en principe, indéterminée dans un hôpital psychiatrique⁹⁸³. D'après la jurisprudence de la Commission, cette dernière détention était ordonnée pour des raisons psychiatriques et relevait ainsi de la let. e) tandis que la peine de prison devait être régie par la let. a)⁹⁸⁴.

Qu'en est-il d'un délinquant condamné à une peine de prison nonobstant sa maladie mentale? Le cas ne s'est pas encore présenté devant la Cour. Il est certain qu'en présence d'une condamnation, ce sont les autorités nationales, en conformité avec le droit interne, qui décident de l'opportunité d'un placement dans un hôpital en lieu et place d'une peine répressive dans une prison ordinaire. La Convention, sous réserve de l'art. 3 CEDH qui interdit tout traitement inhumain ou dégradant avec un seuil de tolérance relativement élevé, ne garantit pas le droit pour un condamné d'être détenu dans un lieu autre qu'une prison⁹⁸⁵. Si la let. e) de l'art. 5 CEDH ne s'applique pas parce qu'il y eu condamnation et prononcé d'une peine de prison, la quatrième condition de régularité qui veut que tout malade mental soit interné dans un établissement approprié ne s'applique pas non plus. Néanmoins, une telle hypothèse devrait rester un cas d'école, car la tendance nationale actuelle consiste en l'intégration progressive du système pénal dans celui de la santé mentale, le remplacement de la peine de prison par l'hospitalisation en étant la conséquence souhaitée⁹⁸⁶. Dans ce cas la let. e) de l'art. 5 CEDH trouve pleinement application.

En l'état, il convient de s'attarder brièvement sur la situation des délinquants d'habitude ou récidivistes.

⁹⁸² Ibid., § 39. Nous noterons que la Commission avait opté dans son rapport pour l'application de la let. e) à l'exclusion de la let. a) pendant toute la période privative de liberté, car l'internement dans un établissement a un but curatif qui doit être distinct du but répressif propre aux détentions relevant de la let. a) de l'art. 5 CEDH, CommEDH, affaire X c. Royaume-Uni, avis du 16 juillet 1980, §§ 30-31. Plus tard, dans l'affaire B. c. Royaume-Uni et dans l'affaire Dhoest c. Belgique, elle s'était ralliée à l'opinion de la Cour en affirmant que l'internement d'un malade mental condamné relève à la fois des let. a) et e) de l'art. 5, respectivement, CommEDH, req. 6870/75, B. c. Royaume-Uni, DR 32, § 208 et CommEDH, req. 10448/83, affaire Dhoest c. Belgique, § 134.

⁹⁸³ Supra, I^e Partie, section D, sous-section b), par. 1.

⁹⁸⁴ CommEDH, req. 10272/82, M. c. République fédérale d'Allemagne, DR 38, p. 120.

⁹⁸⁵ Supra, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 2, iv.b); CommEDH, req. 3475/68 ainsi que CommEDH, req. 7977/77 et WACHENFELD, p. 155.

⁹⁸⁶ Supra, I^e Partie section D, sous-section b), par. 1, iii) ainsi que les références citées.

2) Le placement du délinquant d'habitude ou du récidiviste et la notion du lien causal formel

Lors du maintien en détention en vue de prolongation d'une mesure de sûreté ou la réintégration suite à l'élargissement des récidivistes ainsi que des délinquants dangereux et violents ayant été condamnés, la Cour applique la let. a) de l'al. 1 de l'art. 5 CEDH et la notion du lien causal formel. Par le biais d'une interprétation large de cette notion, la décision de condamnation initiale, régie par la let. a), continue de justifier les mesures précitées nonobstant le temps qui a pu s'écouler.

La présentation de l'affaire E. c. Norvège (N° 2)⁹⁸⁷ permet d'illustrer au mieux nos propos.

Les faits de la cause étaient les suivants. A la suite d'un accident de la circulation ayant entraîné des graves lésions cervicales, le requérant avait développé une nette tendance à l'agressivité. Il avait été à plusieurs reprises déclaré coupable d'infractions avec violence. Une expertise l'avait reconnu malade mental. Il avait passé diverses années dans des établissements psychiatriques faisant l'objet d'une série d'internements de sûreté. Les experts avaient par la suite établi qu'il n'était pas un malade mental mais qu'il présentait des facultés mentales «insuffisamment développées» et «durablement altérées» avec un «risque évident» de nouvelles infractions pénales. Le dernier internement avait été ordonné et confirmé en 1985 et devait expirer le 25 février 1990. A cette époque, le requérant était détenu dans un pavillon de sécurité de l'établissement pénitentiaire. Le 11 janvier 1990, le Directeur avait adressé une requête auprès du Procureur, recommandant le maintien en détention à titre de mesure de sûreté à cause du risque de récidive. Le Procureur avait alors engagé une action visant à prolonger de trois ans la mesure de sûreté et saisi le Tribunal compétent pour prononcer la détention provisoire le temps d'obtenir une expertise médicale. Le Tribunal avait ordonné la détention provisoire pendant quatre semaines et l'avait prolongée à deux reprises d'une période de quatre semaines. Après avoir été mis en liberté le 15 mai 1990, comme le préconisait le dernier rapport d'expertise, le requérant avait perpétré de nouvelles infractions avec violence⁹⁸⁸.

Devant la Cour, le requérant arguait de l'irrégularité de sa détention pour la période du 25 février au 15 mai 1990. Le Gouvernement faisait valoir que la détention pouvait se justifier eu égard à la let. a) de l'art. 5 al 1 CEDH, la mesure ayant été décidée en liaison avec la prolongation de l'autorisation de recourir à des mesures de sûreté. De la sorte, un lien causal formel et

⁹⁸⁷ CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 2), arrêt du 27 mai 1997.

⁹⁸⁸ Ibid., §§ 6-52.

suffisant entre la décision de 1985 et la privation de liberté entreprise aurait été donné⁹⁸⁹. Il soutenait également que la privation de liberté trouvait justification dans la let. c), puisqu'elle avait été prononcée dans le cadre des poursuites pénales dirigées contre le requérant⁹⁹⁰. Enfin, il affirmait que la mesure prononcée pouvait être considérée comme basée sur la let. e) eu égard aux facultés mentales durablement altérées de l'intéressé ainsi qu'à sa dangerosité⁹⁹¹.

La tâche des Juges de Strasbourg consistait alors à déterminer laquelle des let. a), e) et c) de l'art. 5 al. 1 CEDH pouvait justifier la détention contestée⁹⁹². Contrairement à la Commission, qui avait reconnu une violation de la disposition conventionnelle⁹⁹³, la Cour a conclu à l'unanimité à l'absence de violation de l'art. 5 al. 1 CEDH⁹⁹⁴.

La Cour a commencé par rappeler sa jurisprudence bien établie, selon laquelle si un tribunal décide de prolonger l'internement de sûreté avant l'expiration de la période autorisée, cette prolongation relève en principe de l'art. 5 al. 1 let. a) CEDH, s'agissant d'une «détention d'une personne après condamnation par un tribunal compétent». La Cour a rappelé également que le lien entre la condamnation initiale et une prolongation de la mesure de sûreté peut se «distendre», voire se rompre, avec l'écoulement du temps, si la prolongation se fonde sur des motifs étrangers aux objectifs de la décision initiale ou sur une appréciation déraisonnable au regard de ces derniers⁹⁹⁵. Consciente qu'il peut être parfois difficile d'obtenir une décision de prolongation avant l'expiration de la période initiale, soit parce que celle-ci est assez brève soit parce qu'il faut recueillir des rapports médicaux actualisés, la Cour s'est référée à la procédure nationale, qui prévoyait la possibilité de placer

⁹⁸⁹ Ibid., § 67.

⁹⁹⁰ Ibid., § 70.

⁹⁹¹ Ibid., § 73.

⁹⁹² Ibid., §§ 65-66.

⁹⁹³ La Commission avait réfuté la thèse du Gouvernement pour conclure à la violation de l'art. 5 al. 1 CEDH. En ce qui concerne la let. a) de l'art. 5 CEDH, la Commission avait considéré que l'existence du prétendu lien de causalité formel entre la détention et la condamnation initiale justifiant la décision d'internement en 1985 ne pouvait pas fonder la régularité de la détention litigieuse. Dans le cas contraire, les autorités nationales auraient pu placer une personne en détention pendant de longues périodes – en l'espèce près de trois mois – après l'expiration de la période maximale prévue pour la mesure de sûreté. S'agissant d'une éventuelle application la let. c) de l'art. 5 CEDH, la Commission avait relevé également que la détention litigieuse n'avait aucun lien, alors que cela aurait dû être le cas, avec une procédure pénale en cours relative à des infractions concrètes et déterminées. La Commission avait également exclu la let. e) de l'art. 5 CEDH puisque la détention du requérant du 25 février au 15 mai 1990 n'avait aucun lien avec l'état mental de celui-ci et n'avait comporté aucun traitement particulier, CommEDH, affaire E. c. Norvège (N° 2), avis du 18 octobre 1995, §§ 68-72.

⁹⁹⁴ CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 2), arrêt du 27 mai 1997, §§ 86-87.

⁹⁹⁵ Ibid., § 78. CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, §§ 40-47.

une personne en détention provisoire en attente d'une décision sur la prolongation d'une mesure de sûreté. Elle a également indiqué que les tribunaux nationaux s'étaient prononcés, favorablement et à plusieurs reprises, sur la régularité de la détention litigieuse à cause du risque patent de récidive en cas d'élargissement⁹⁹⁶. Sur la base de ces considérations, la Cour a conclu que le lien causal n'avait pas été rompu, le maintien en détention répondant aux objectifs recherchés, à savoir la prévention du risque de récidive, risque qui était réel compte tenu de la nature comme de l'ampleur des condamnations antérieures ainsi que de l'état mental du requérant⁹⁹⁷. Partant, la détention litigieuse était justifiée sous l'angle des let. c) et a) appliquées simultanément⁹⁹⁸.

Cette solution, bien que juste quant à son résultat, nous surprend de par sa motivation; surtout eu égard à l'application de la let. c), destinée en principe aux personnes placées en détention préventive en attente d'être jugées⁹⁹⁹. La Cour elle-même, par ailleurs, semble n'avoir été pas très à l'aise puisqu'elle a ressenti le besoin de s'expliquer. Elle a affirmé que la let. c) ne permettrait en principe pas de justifier la réincarcération ou le maintien en détention d'une personne ayant déjà purgé une peine pour un acte délictueux déterminé seulement à cause de soupçons de récidive. La situation est différente, toutefois, lorsque la personne est placée en détention afin de déterminer si, après expiration de la période maximale prévue par la loi, elle doit faire l'objet d'une nouvelle période d'internement de sûreté liée à la condamnation initiale pour une infraction pénale. Dans le cas d'espèce, la Cour a insisté sur le fait qu'eu égard à l'altération des facultés mentales de l'intéressé, à ses antécédents ainsi qu'à sa propension établie et prévisible à la violence, les autorités étaient en droit de le placer en détention en attendant que le tribunal puisse statuer sur la mesure de prolongation. De la sorte, la détention de la let. c) de «préventive», devient «provisoire» (sic!), soit de brève durée, «justifiée puisque infligée en vue de traduire le requérant devant une autorité judiciaire» et «rendue nécessaire par le souci d'obtenir des rapports médicaux actualisés sur l'état mental de l'intéressé ainsi que par les sérieuses difficultés auxquelles les autorités se heurtaient pour aménager une surveillance préventive extra pénitentiaire, compte tenu du comportement agressif du requérant et de son opposition à une surveillance étroite»¹⁰⁰⁰. La let. c), seule, ne suffit pourtant pas! Ainsi, la Cour a été en quelque sorte «obligée» d'appeler au

⁹⁹⁶ CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 2), arrêt du 27 mai 1997, §§ 78-84.

⁹⁹⁷ Ibid., § 86. La Cour a ressenti d'ailleurs le besoin de relever que le risque de récidive s'était bel et bien réalisé une fois le requérant élargi, *ibid.*, §§ 50-51 et 86.

⁹⁹⁸ Ibid., §§ 86-87.

⁹⁹⁹ Dans ce sens, les opinions concordantes des Juges MATSCHER et REPIK, *ibid.*, §§ 93-94.

¹⁰⁰⁰ Ibid., § 86.

secours également la let. a) et d'étendre le lien de causalité formel entre la détention litigieuse et la procédure pénale ayant abouti à première la mesure de sûreté en 1985¹⁰⁰¹. Satisfaits, les Juges de Strasbourg ont alors jugé inutile de traiter d'une éventuelle application de la let. e)¹⁰⁰², quand bien même elle était à notre sens la seule appropriée.

Comme le Juge MATSCHER¹⁰⁰³, nous avons des doutes quant à l'applicabilité de l'art. 5 al. 1 let. c) CEDH au cas d'espèce. Nous avons en revanche moins d'hésitations concernant l'application de la let. a) puisque, contrairement à ce que pense le Juge REPIK¹⁰⁰⁴, le lien de causalité nous apparaît encore suffisant. La détention en attente de prolongation pouvait raisonnablement être liée à la condamnation initiale prononcée cinq ans auparavant, les raisons et les objectifs étaient les mêmes, la détention avait été de courte durée et un tribunal s'était prononcé dans les plus brefs délais. En d'autres termes, le requérant avait pu bénéficier de toutes les garanties conventionnelles applicables.

Indépendamment de son résultat et des critiques à son encontre, l'affaire précitée démontre la difficulté de déterminer quelle disposition conventionnelle doit fonder la détention d'un délinquant d'habitude ou d'un récidiviste condamné à purger une peine privative de liberté et/ou une mesure d'internement en l'absence d'un trouble mental diagnostiqué et curable par une thérapie adaptée dans un établissement approprié. En effet, seule la constatation de l'existence de ce trouble appelle l'application de la let. e) de l'art. 5 CEDH. Ceci est regrettable. A notre sens et au vu de l'élément thérapeutique qu'elle contient, cette dernière disposition apparaît la seule appropriée, même face à des délinquants qui ne souffrent pas à proprement parler de troubles mentaux.

Jusqu'à ce jour, la Cour s'est toutefois toujours basée sur la let. a) et la notion du lien causal formel¹⁰⁰⁵. La jurisprudence conventionnelle ouvre ainsi la

¹⁰⁰¹ Ibid., §§ 86 *in fine* et 87.

¹⁰⁰² Ibid., § 88.

¹⁰⁰³ Opinion concordante du Juge MATSCHER, *ibid.*, § 93. Ce dernier a manifesté des doutes quant à l'application de la let. c) de l'art. 5 CEDH. Il n'a toutefois pas motivé son opinion et il s'est borné à affirmer être convaincu de l'applicabilité alternative des let. a) ou e). Il a par ailleurs rappelé qu'il suffit qu'une seule des conditions énumérées aux let. a) à f) soit remplie pour justifier une privation de liberté.

¹⁰⁰⁴ Opinion concordante du REPIK, *ibid.*, § 94. Celui-ci a dénoncé le danger d'une application trop large de la let. a) de l'art. 5 CEDH et du lien de causalité formel requis entre la décision initiale de condamnation et la ou les mesure(s) qui allai(en)t suivre. Il a ainsi défendu l'application de la let. c) en qualifiant la prolongation, qui devait être ordonnée, de condamnation, voire d'une deuxième condamnation éventuelle, la première ayant été complètement épuisée, d'où le recours à une forme de détention préventive.

¹⁰⁰⁵ CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 49 et CourEDH, affaire Von Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, § 47.

porte au risque d'une extension disproportionnée du lien causal qui doit être suffisant entre la première décision de condamnation et les diverses mesures qui vont suivre. Il pourrait en résulter la détention d'un délinquant d'habitude ou récidiviste pour une durée indéterminée en dehors de la protection de la let. e) de l'art. 5 CEDH. Dans ce cas, le but d'assurer la protection de la société contre des délinquants d'habitude ou de récidivistes violents insensibles aux sanctions pénales¹⁰⁰⁶, et ce aussi pour des infractions à caractère violent mais sans gravité particulière¹⁰⁰⁷, serait privilégié.

L'application de la let. e) également aux délinquants d'habitude et aux récidivistes, même en l'absence d'un diagnostic de trouble mental, serait à notre avis plus conforme à l'esprit de la Convention. Une telle application se justifierait d'autant plus qu'aujourd'hui les mesures de sûreté, comme l'internement, ne poursuivent plus exclusivement un but de protection de la société, afin que les délinquants incurables soient définitivement mis à l'écart. Le souci de réinsertion de ces derniers et, partant, de l'administration d'un traitement à cet effet, demeure présent¹⁰⁰⁸. Quand bien même dans un établissement de haute sécurité il convient parfois de se limiter à une surveillance étroite, un encadrement thérapeutique reste toujours une option envisageable et même souhaitable, ne serait-ce que pour gérer au mieux l'adaptation de l'intéressé à la mesure ordonnée. D'après la conception contemporaine et majoritaire prévalant chez les psychiatres judiciaires aujourd'hui, il existe un traitement adapté pour pratiquement chaque trouble mental¹⁰⁰⁹. Par ailleurs, le prononcé d'une mesure de sûreté et sa prolongation doivent être précédés d'une expertise sur le risque de récidive¹⁰¹⁰. Il n'y a ainsi à notre sens aucune

¹⁰⁰⁶ Par exemple, en droit suisse, ATF 125 IV 118 consid. 5 et renvois.

¹⁰⁰⁷ Il sied de rappeler que le requérant, dans l'affaire E. c. Norvège (N° 2), s'était rendu coupable de «menaces et voies de fait». D'une manière générale, l'internement, compte tenu de sa durée indéterminée et, par conséquence, de la grave atteinte à la liberté qu'il comporte, constitue le moyen ultime du système de répression pénale. Comme tel, il devrait être cantonné aux délinquants extrêmement dangereux qui ne répondent à aucun traitement et à ceux pour lesquels, en dépit d'un traitement et de soins médicaux, le danger sérieux d'infractions graves et d'actes de violence importants demeure. En d'autres termes, l'internement s'impose d'autant moins lorsque les infractions commises ne sont pas d'une gravité particulière et les infractions redoutées paraissent de peu d'importance. C'est à tout le moins le cas en droit suisse, ATF 125 IV 118 consid. 5b/aa; ATF 118 IV 213 consid. 2c et ATF 118 IV 10 consid. 3. Le nouveau droit prévoit une liste d'infractions, pouvant justifier l'internement. Il s'agit en particulier de l'assassinat, du meurtre, de la lésion corporelle grave, du viol, du brigandage, de la prise en otage, de l'incendie ou d'autre infraction passible d'une peine privative de liberté maximale de dix ans au moins, art. 64 nCPS. Ne sont toutefois pas exclus (sic!) certains crimes graves contre le patrimoine, comme l'escroquerie qualifiée, FF 1999 II 1901.

¹⁰⁰⁸ Ce principe est acquis en droit suisse, ATF 118 IV 10 consid. 3a.

¹⁰⁰⁹ Notamment, Message du 4 avril 2001 concernant l'initiative populaire «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables», FF 2001 3296.

¹⁰¹⁰ A titre d'exemple en droit suisse, ATF 118 IV 105 consid. 1 ainsi que ATF du 1 mars 2002 [65.52/2002] en la cause S. P. c. canton de Vaud, consid. 2c; mais également art. 7 de la Loi belge sur la défense sociale.

raison objective de différencier, à tout le moins en ce qui concerne les garanties conventionnelles déjà minimalistes, les délinquants d'habitude des autres délinquants malades mentaux, et ce même en absence d'un véritable diagnostic de troubles mentaux. En effet, le critère de dangerosité est sensiblement le même. Ensuite, une fois le principe posé, il appartiendra, le cas échéant, à la jurisprudence de Strasbourg, par essence casuistique et, partant, réfractaire à une schématisation rigide, de tenir compte des particularités de chaque cas.

Cela étant dit, la tentation de faire prévaloir les intérêts de la société sur les intérêts du malade mental délinquant à être soigné et à retrouver sa place au sein de la communauté, en écartant ce dernier par un internement qui serait déguisé en internement à vie grâce à de contrôles juridictionnels inadaptés pour assurer sa sortie, est toujours actuelle et parfaitement compréhensible¹⁰¹¹.

Pour contrecarrer cette tendance, depuis l'affaire *Johnson c. Royaume-Uni*¹⁰¹², la Cour a néanmoins essayé d'exercer un contrôle plus incisif à l'égard de l'autonomie originairement laissée aux autorités internes.

¹⁰¹¹ L'apparente inégalité entre délinquant ordinaire et délinquant malade mental vise à assurer au mieux la protection de la société en tenant à l'écart le plus longtemps possible ceux qui la menacent d'une manière durable. Par ailleurs, ce souci de protection prioritaire de la société contre les criminels incurables et gravement dangereux (délinquants sexuels ou violents) revient aujourd'hui sur le devant de l'actualité, notamment en Suisse avec l'initiative populaire pour «interner à vie les délinquants sexuels ou violents très dangereux et non amendables» déposée le 3 mai 2000 avec un nombre très important de signatures. Son principe consiste à interner de manière durable tout criminel sexuel ou violent sans envisager une libération anticipée ou accorder un congé. Une révision de l'internement n'est possible que si des nouvelles connaissances scientifiques rendent crédible un amendement du criminel. Un tel système pose quelques problèmes en rapport avec l'art. 5 al. 4 CEDH, qui prévoit pour tout individu détenu le droit à ce que sa situation soit réexaminée de manière périodique par un tribunal. L'initiative avait été définitivement rejetée par le Parlement le 13 juin 2003, ce dernier considérant que le nouveau Code pénal contenait un arsenal de mesures encore plus vaste pour encadrer et surveiller les criminels dangereux. Pour une analyse, ROTH, R. Nouveau droit de sanction: premier examen de quelques points sensibles, RPS 2003, pp. 13-16. Cela étant, le peuple suisse s'est prononcé en faveur de l'initiative le 8 février 2004, ainsi le nouvel art. 123a qui prévoit l'internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables devra trouver sa place dans le nouveau code pénal. Plusieurs voix s'élèvent et dénoncent les conséquences de l'aboutissement de cette initiative, en particulier le pouvoir considérable qui est donné aux experts médecins, chargés de statuer quasiment seuls sur la dangerosité et l'incurabilité du prévenu en prenant un risque considérable pour l'avenir de celui-ci ainsi que pour leur propre carrière. En effet, une erreur de diagnostic pourrait avoir des conséquences tellement sévères qu'elle pourrait constituer une faute grave passible d'une sanction professionnelle. Dans ce sens, RESTELLINI, J.-P., La délinquance sexuelle mérite mieux que la prison à vie: des soins et des moyens de la prévenir, *Le Temps*, 17 février 2004, ainsi que ARSEVER, S., Internement à vie: la loi de la méfiance, *Le Temps*, 12 janvier 2004, qui présente les enjeux de cette initiative. A l'heure actuelle, les travaux législatifs sont en cours pour concrétiser le nouvel art. 123a Cst. dans le cadre de la révision de la Partie générale du Code pénale suisse, dont l'entrée en vigueur a du coup été reportée à 2007. Le Conseil fédéral a adopté le message à l'intention des Chambres fédérales le 23 novembre 2005, FF 2006 869-900.

¹⁰¹² Voir nos développements, supra, II^e Partie, section C, sous-section b, par. 2, ii) et iii).

Il est vrai que récemment, dans l'affaire *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*¹⁰¹³, la Cour a reconnu la légitimité d'une disposition nationale qui ne permet pas la libération d'une personne internée en cas de trouble mental jugé incurable et de danger pour autrui¹⁰¹⁴. Au premier abord, cette décision semble contredire ce que nous venons d'affirmer. Elle doit être analysée avant de comprendre qu'il n'en est pas ainsi.

Les faits de la cause étaient les suivants. En 1967, à l'âge de dix-sept ans, le requérant avait été reconnu coupable d'homicide et interné en raison de déficience mentale (*mental deficiency*). Par la suite, il n'avait jamais retrouvé sa liberté, étant détenu en prison ou dans l'hôpital de l'Etat. Il s'était échappé une fois en 1985, avait été condamné à une peine de prison de trois mois pour agression et tentative de détournement d'un enfant de huit ans puis réintégré en internement dans l'hôpital de l'Etat afin de soigner, si possible, son comportement agressif et gravement irresponsable¹⁰¹⁵.

Un certain malaise se dégage des considérations ayant amené la Cour à admettre la régularité de la mesure sous l'angle de la let. e) de l'al. 1 de l'art. 5 CEDH. Ce malaise est d'autant plus visible que selon une partie des expertises produites, le maintien en détention du requérant avait vraisemblablement pour effet la détérioration de son état. Les juges de Strasbourg ont alors déplacé leur contrôle de l'al. 1 à l'al. 4 de l'art. 5 CEDH où ils ont trouvé leur salut. Ils ont ainsi pu conclure à la violation de la Convention au motif du non-respect de principe du fardeau de la preuve par les autorités nationales qui avaient considéré que «le requérant n'avait pas démontré à satisfaction de droit qu'il ne souffrait pas d'un trouble mental dont la nature et la gravité justifieraient son hospitalisation dans un hôpital ouvert»¹⁰¹⁶.

Il est possible de voir dans cette jurisprudence une amorce d'un contrôle plus incisif de la marge d'appréciation nationale, ce dont il convient de se réjouir. Néanmoins, il apparaît en partie contradictoire d'affirmer que la détention est régulière puisque l'intéressé est incurable et continue de présenter un danger pour autrui, alors que dans le cadre du contrôle juridictionnel, fondement de la légitimité et, partant, de la régularité de ce maintien en détention, il est considéré que l'état mental du requérant n'est pas prouvé.

En bref, l'internement d'un condamné pour cause de maladie mentale relève à la fois des let. a) et e) de l'art. 5 CEDH. A plus forte raison, il en va de même si le condamné doit subir une peine répressive d'une durée déterminée avant d'être interné. Dans ce cas, et particulièrement lors des éventuelles prolongations des mesures de sûreté, la let. c) semble également entrer en

¹⁰¹³ CourEDH, affaire *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, arrêt du 20 février 2003.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, §§ 49-55.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, §§ 9-29.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, § 72.

considération, l'application de la let. e) étant exclue de façon peu compréhensible. Le cas classique de l'internement pour cause de maladie mentale d'un délinquant déclaré irresponsable ne relève, bien évidemment, que de la let. e). Cette variété de solutions s'explique par les sorts divers réservés par les régimes juridiques nationaux aux criminels aliénés. Dans certains pays, une condamnation formelle par un tribunal est exigée pour ordonner un internement psychiatrique, tandis que dans d'autres Etats l'internement psychiatrique peut être ordonné même en l'absence d'une condamnation. Ces différences entre les droits internes ne peuvent et ne doivent pas influencer l'application uniforme des garanties prévues par l'art. 5 CEDH. Comme le disait si bien la Commission, «aux fins de l'art. 5 al. 1, il n'y a pas de distinction à faire entre les aliénés ayant commis des infractions et les autres et il n'y a pas lieu d'appliquer aux premiers des normes de protection juridique inférieure»¹⁰¹⁷. Dans la réalité, comme nous l'avons vu, les délinquants malades mentaux sont cependant traités plus durement que les délinquants au bénéfice d'un casier judiciaire vierge, probablement puisque le pronostic de dangerosité pour autrui s'est déjà concrétisé, à tout le moins une fois¹⁰¹⁸.

Une autre application particulière de la notion de régularité apparaît lors des procédures d'urgence.

3) Le placement d'urgence

Le placement d'urgence est une mesure que les législations nationales de santé mentale prévoient pour des malades en période de crise, ayant normalement, mais pas nécessairement, déjà fait l'objet par le passé de placements forcés. Les mesures d'urgence sont de très courte durée, dépassent rarement quatre ou cinq jours, ne sont pas susceptibles de recours, peuvent souvent être prises sans l'autorisation d'un juge et ne peuvent être renouvelées. Une fois le délai écoulé, le malade est soit libéré, soit hospitalisé d'office selon la procédure ordinaire.

Le placement d'urgence, mesure exceptionnelle de stricte application, ne s'entoure que de garanties limitées. Il constitue une dérogation à l'exigence conventionnelle selon laquelle l'état d'aliénation de la personne doit être établi de manière probante, à l'aide d'une expertise médicale objective¹⁰¹⁹. Cette dérogation n'est cependant que temporaire.

¹⁰¹⁷ CommEDH, req. 6870/75, B. c. Royaume-Uni, DR 32, p. 81.

¹⁰¹⁸ Voir notamment, CourEDH, affaire Leger c. France, arrêt du 11 avril 2006, §§ 64-76, où les Juges de Strasbourg ont considéré que la détention d'un malade mental délinquant pendant quarante et une années, même si elle pouvait poser «de sérieuses questions» en terme de gestion des personnes condamnées à perpétuité, n'était (sic !) pas contraire à la Convention. Pour une vision d'ensemble, UNICRI, surtout aux pp. 215-257.

¹⁰¹⁹ CourEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, arrêt du 24 septembre 1992, § 63 et CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 39.

A cet égard, les auteurs du «Livre blanc» réitèrent fermement qu'en situation d'urgence, le placement et le traitement involontaires peuvent avoir lieu sans que la décision ait été prise par l'autorité compétente indépendante. Ils exigent néanmoins un «avis médical valide et fiable». Ils rappellent également que le placement d'urgence est une mesure provisoire. Dès que possible, l'autorité doit, sur la base d'un «avis psychiatrique», – et non plus seulement médical – prendre une «décision documentée et formelle» concernant le placement et le traitement tout en gardant à l'esprit les autres possibilités à disposition dans la société (hospitalisation de jour, traitements psychosociaux efficaces, assistance sociale, etc.)¹⁰²⁰.

Le caractère exceptionnel du placement d'urgence explique peut-être pourquoi ni les Principes des Nations Unies, ni les Dix Principes de l'OMS ne le réglementent¹⁰²¹.

Au sein du Conseil de l'Europe, la Recommandation N° REC(2004)10 y consacre néanmoins une disposition qui rappelle que cette forme de placement doit être de très brève durée et ne doit pas être utilisée pour contourner les exigences imposées par la procédure ordinaire¹⁰²². La Recommandation N° R (99) 4 prévoit également des mesures provisoires en cas d'urgence et réitère que, dans ce cas, les garanties formelles, telles que le droit d'être entendu, l'engagement des procédures, l'enquête et l'évaluation doivent pouvoir s'appliquer, dans la mesure du possible, en fonction des circonstances¹⁰²³.

La plupart des mesures d'urgence concernent des personnes ayant déjà un passé médical de traitement forcé et/ou d'actes violents. Dans ces cas, il existe une présomption de dangerosité, prête à resurgir à la moindre alarme de regain d'agressivité, même si pas totalement fondée. Cette dangerosité potentielle est le plus souvent invoquée par un entourage familial éprouvé et dépassé par les événements. Une procédure d'urgence qui n'est pas appliquée strictement risque alors de menacer la protection des malades mentaux et leur réintégration dans la société.

¹⁰²⁰ «Livre blanc», par 5.

¹⁰²¹ Il convient de relever que l'art. 15 du Projet DAES traitait du «placement en vue d'observation» qui était toutefois réglementé comme un placement d'urgence, une sorte de «garde à vue psychiatrique» en présence d'une situation de dangerosité. Cette disposition prévoyait qu'une personne ne pouvait être détenue dans un établissement psychiatrique aux fins d'observation pendant plus de quarante-huit heures et que, durant ce délai, elle devait impérativement être examinée par le chef de l'établissement ou par un médecin adjoint. Il était même indiqué que le placement «préventif» était interdit. Ce principe n'a pas été repris dans le texte définitif. Il était en effet impensable d'imposer une telle obligation aux législateurs nationaux. Sur le placement en vue d'observation, infra, II^e Partie, section C, sous-section c), par. 4.

¹⁰²² Art. 21 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, §§ 160-164.

¹⁰²³ Principe 15 de la Recommandation N° R (99) 4.

Dans l'affaire X c. Royaume-Uni¹⁰²⁴, la Cour a précisé que l'on ne saurait pratiquer un examen médical approfondi avant toute arrestation ou détention quand l'un des buts d'une disposition de droit interne consiste à permettre l'internement, au titre de l'urgence, d'individus risquant de présenter un danger pour autrui ou pour eux-mêmes. Elle a néanmoins ajouté que cet examen devait suivre l'internement¹⁰²⁵. Dans cette affaire, le requérant, malade mental condamné, pour coups et blessures, à subir un traitement psychiatrique, avait été libéré et soumis à un contrôle périodique externe. L'autorité nationale compétente l'avait réintégré d'urgence en se fondant sur les allégations, non vérifiées, de sa femme, qui voulait le quitter et craignait des excès de violence. Le recours à la présomption de dangerosité fondée exclusivement sur un passé médical est ici flagrant, le requérant ayant été interné immédiatement sur la base des dires de son épouse. L'absence de commission d'autres infractions et son emploi stable n'avaient pas été pris en compte. Quand bien même la Commission avait souligné le risque d'illégitimité des internements prononcés sur des simples déclarations d'un membre de la famille¹⁰²⁶, ni elle ni la Cour n'ont trouvé cette détention arbitraire, car il s'agissait du réinternement d'un malade mental dont les antécédents médicaux attestaient d'un certain risque de violence¹⁰²⁷. Dans la mesure où le requérant souffrait toujours de troubles mentaux, l'internement d'urgence fut transformé en internement forcé et sa libération intervint seulement deux ans après¹⁰²⁸.

Dans l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas¹⁰²⁹, le requérant s'était soumis volontairement à un traitement psychiatrique avant d'être placé d'urgence au motif qu' «il avait volé des documents dans les registres de l'état civil de la commune, que la police l'avait incarcéré et qu'on l'avait trouvé nu sur un lit d'une cellule du commissariat». A la suite de son internement d'urgence, ce fut un généraliste, et non un psychiatre, qui motiva le maintien de la détention en affirmant que l'on se trouvait en présence de (sic!) «un schizoïde souffrant d'idées imaginaires et utopiques, se détruisant depuis assez longtemps lui-même ainsi que sa famille, inconscient de son état maladif, qui pour l'instant ne pouvait point aller librement dans la société»¹⁰³⁰.

Le danger d'abus que pourrait constituer le recours à la procédure d'urgence, même en présence d'un pseudo-avis médical, apparaît particulièrement

¹⁰²⁴ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981.

¹⁰²⁵ Ibid., § 41.

¹⁰²⁶ CommEDH, affaire X c. Royaume-Uni, avis du 16 juillet 1980, § 95.

¹⁰²⁷ Ibid., p. 33, § 99 et CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, §§ 45-46.

¹⁰²⁸ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 22.

¹⁰²⁹ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979.

¹⁰³⁰ Ibid., §§ 23-24.

manifeste dans l'affaire *Mary O'Reilly c. Irlande*¹⁰³¹. Cette affaire mérite qu'on s'y attarde quand bien même elle n'a pas dépassé le stade de la Commission. Le placement forcé avait été demandé par le mari de la requérante en raison de graves divergences conjugales. Après environ neuf ans de mariage, celle-ci accusait son époux de l'avoir agressée à plusieurs reprises. Lors de la dernière agression, l'épouse avait requis une ordonnance d'éloignement (*barring order*) à l'encontre de son mari. Ce même jour, vraisemblablement à titre de rétorsion, ce dernier ainsi que le père de la requérante avaient désigné un docteur – qui n'était pas le médecin traitant – afin de constater l'urgence nécessaire pour un internement immédiat. Ils avaient expliqué à ce docteur que sa fille, respectivement sa femme, était malade, «n'avait plus sa tête» (*gone in the head*), n'était plus en mesure de s'occuper de ses quatre enfants et avait menacé de se suicider. Le soir même, ils s'étaient rendus avec le docteur au domicile de la requérante. Cette dernière, une fois la porte ouverte et après avoir vu son mari, était devenue «extrêmement hystérique» et l'avait agressé verbalement avant de le repousser loin de la maison. Le docteur était parvenu ainsi à la conclusion que la requérante se trouvait dans un «état mental sérieusement perturbé, qu'elle était très excitée, anxieuse et hystérique» (*extremely disturbed mental state, very agitated, acutely anxious and very hysterical*) et avait signé le certificat d'internement d'urgence. Plus tard dans la même soirée, elle était apparue calme et sereine aux policiers venus la chercher pour l'amener à l'hôpital psychiatrique. Arrivée à l'hôpital, elle avait été examinée par un autre docteur, lequel avait constaté des tuméfactions causées – aux dires de l'intéressée – par les agressions venant de son époux. Après consultation par téléphone avec le premier médecin et avec le psychiatre de garde, cet autre docteur avait décidé qu'elle avait «peut-être» souffert d'un trouble mental et ordonné le placement pour contrôle. Trois jours plus tard, la requérante avait été mise en liberté puisqu'elle ne souffrait d'aucune maladie mentale¹⁰³².

Confrontée à une procédure d'urgence, la Cour laisse encore une fois une vaste marge d'appréciation aux autorités nationales qui, devant agir vite, jouissent d'une grande latitude¹⁰³³. Dans de telles circonstances, elle admet que les impératifs de la protection du public prévalent sur la liberté individuelle¹⁰³⁴. Cela ne dispense cependant pas les autorités de respecter

¹⁰³¹ CommEDH, req. 24196/94, *Mary O'Reilly c. Irlande*.

¹⁰³² *Ibid.*

¹⁰³³ A titre d'exemple et dans l'affaire *X c. Royaume-Uni* précitée, la femme du requérant avait indiqué à l'agent de probation que son mari était halluciné et menaçant puisqu'il prononçait des termes obscènes, qu'il avait des mœurs relâchées et s'adonnait à la boisson. Elle avait déclaré également être à bout de résistance, vouloir le quitter et avoir peur de se retrouver seule avec lui. Le jour même, le requérant avait été appréhendé, sans aucune vérification quant à la véracité des griefs allégués par sa femme, CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981, § 23.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, § 45.

la procédure prescrite par le droit interne et surtout de limiter la durée de l'internement.

Dans l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*¹⁰³⁵, le requérant avait été détenu en urgence durant six semaines. A ce propos, la Cour a affirmé que ce délai n'avait pas été excessif au point d'entraîner l'irrégularité de la détention. Il en aurait été toutefois autrement si l'internement d'urgence avait été prolongé¹⁰³⁶. Cela signifie que seule une détention d'urgence dépassant un délai de six semaines pourrait être considérée comme contraire à la Convention¹⁰³⁷. Ce qui est regrettable.

Pendant, la Cour se montre particulièrement sévère quand les autorités internes utilisent la procédure d'urgence avec légèreté, voire à des finalités autres que celles pour lesquelles elle a été prévue.

Tel était notamment le cas dans l'affaire *R. L. et M.-D. J. c. France*¹⁰³⁸. A la suite d'un problème de tapage nocturne entre restaurateurs voisins, le requérant avait été hospitalisé d'urgence à l'infirmerie psychiatrique pendant environ six heures. La Cour a constaté qu'avant son hospitalisation, le précité n'était ni violent, ni délirant, ni incohérent, qu'il n'avait pas d'antécédents psychiatriques et ne présentait pas de problèmes d'alcoolémie. Elle a également relevé que son hospitalisation s'était prolongée pour des raisons purement administratives, l'infirmière de garde ne pouvant pas ordonner la libération. Au vu de ces circonstances, la Cour a rapidement conclu à une violation de l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH¹⁰³⁹.

D'une manière générale, les législations internes présentent des solutions fort diverses quant à la durée et à la procédure (lieux de détention, autorités avec pouvoir décisionnel, exigence ou pas d'un avis à tout le moins médical, etc.). Ainsi que nous l'avons dit, la procédure d'urgence devrait être de très courte durée, en moyenne entre vingt-quatre et quarante-huit heures, partant, entourée de garanties limitées. Cette restriction se concrétise également dans la qualité des personnes habilitées à l'ordonner. Il s'agit rarement d'autorités judiciaires. En principe, il incombe dans un premier temps à la police ou aux autorités administratives de retenir en urgence un individu qui présente des signes manifestes de maladie

¹⁰³⁵ CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, § 42.

¹⁰³⁷ Notons, toutefois, que selon l'Exposé des motifs de la Recommandation N° REC(2004)10, § 163, le placement d'urgence ne doit pas dépasser la durée maximale de quarante-huit/soixante-douze heures.

¹⁰³⁸ CourEDH, affaire *R. L. et M.-J. D. c. France*, arrêt du 19 mai 2004.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, §§ 118-129.

mentale¹⁰⁴⁰. Un examen médical, même sommaire, par un médecin ou autre auxiliaire de santé n'est pas toujours exigé. La notion d'urgence est essentiellement la même, en dépit de quelques variations de style dans la définition.

En Hongrie, le besoin urgent est constaté lorsque le patient, en raison de «troubles mentaux aigus», représente un danger immédiat et grave pour sa propre vie, la vie d'autrui, pour son intégrité physique ou pour son entourage et que cette dangerosité ne peut être écartée que par la mise en œuvre immédiate d'un traitement en établissement psychiatrique¹⁰⁴¹. En d'autres termes, placement d'urgence rime avec «traitement obligatoire d'urgence». Il en résulte la nécessité de confirmer cette décision dans un délai de vingt-quatre heures à compter de l'admission qui, dans un premier temps, peut être décidée par «n'importe quel médecin»¹⁰⁴². De surcroît, il est possible de demander le concours de la police aux fins de transférer le patient dans un établissement de soins psychiatriques, si en raison du comportement de l'intéressé, tout autre mesure serait sans effet¹⁰⁴³.

En Ecosse, l'élaboration d'un «certificat médical d'urgence» est exigé afin que soit autorisée l'hospitalisation pendant une durée de soixante-douze heures au maximum. Ce certificat peut même être établi par un infirmier s'il n'est pas possible d'obtenir la présence d'un médecin. Dans ce cas, le certificat ne sera valable que durant deux heures¹⁰⁴⁴. En Angleterre, l'officier de police peut détenir une personne qui apparaît présenter des troubles mentaux et avoir besoin de soins immédiats. Aucun formulaire de demande ainsi qu'aucun certificat médical ne sont exigés; cette mesure n'est pas soumise à recours. L'officier de police peut amener le patient dans un «lieu de sécurité», normalement à l'hôpital, ou dans un commissariat de police. Ce patient ne peut être détenu que soixante-douze heures. Durant ce laps de temps, il doit être examiné par un médecin et faire l'objet d'une évaluation par un travailleur social agréé. Ensuite, le patient est interné ou libéré. L'admission d'urgence peut être également demandée par un proche parent ou par un travailleur social agréé. Dans ce cas un médecin, de préférence connaissant la personne concernée, doit fournir un certificat médical¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁰ Il convient de relever à titre anecdotique que la détention d'urgence en présence des signes manifestes de dangerosité due à des troubles mentaux permet de retenir à titre préventif pendant quelques heures également les personnes au bénéfice d'une immunité diplomatique. Cette privation doit néanmoins être de très courte durée; il est également impératif d'avertir aussitôt la Mission diplomatique ainsi que les responsables de la Mission étrangère du lieu de domicile ou de l'Ambassade de l'Etat dont l'intéressé est ressortissant, afin qu'il puisse être décidé à l'échelon gouvernementale des mesures à prendre une fois l'urgence et le danger passés.

¹⁰⁴¹ Art. 35 al. 5 de la Loi de Hongrie N° 87 de 1994.

¹⁰⁴² Art. 33 al.2 *in fine* et 35 al. 4 *ibid*.

¹⁰⁴³ Art. 35 al. 6 *ibid*.

¹⁰⁴⁴ Art. 24 et 25 du Mental Health Act (1984) d'Ecosse.

¹⁰⁴⁵ Art. 4 et 136 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni.

Aux Pays-Bas, c'est le Maire qui décide d'un danger à ce point imminent que l'on ne puisse attendre l'intervention d'un juge¹⁰⁴⁶. En Russie, lorsque les données disponibles laissent penser qu'un individu présente un danger immédiat pour lui-même ou pour son entourage, une très vaste palette de personnes – les parents, un médecin, un fonctionnaire ou tout citoyen – peut présenter une demande de mise sous examen psychiatrique. Contrairement à la procédure ordinaire, cette demande peut être faite oralement et la décision doit être prise sans tarder de manière indépendante par un médecin psychiatre¹⁰⁴⁷. Au Japon, le Gouvernement peut, en cas d'urgence, détenir un malade mental au maximum pendant soixante-douze heures. Durant ce laps de temps, le directeur d'un hôpital psychiatrique doit être consulté¹⁰⁴⁸.

En France, le danger imminent pour la sûreté des personnes doit être attesté par un avis médical ou à défaut par la (sic!) «notoriété publique». Dans ce cas, le Maire arrête toutes les mesures provisoires nécessaires. Ensuite, dans les vingt-quatre heures, le Préfet prononce, s'il y a lieu, l'hospitalisation d'office. Faute de décision préfectorale, les mesures provisoires deviennent caduques au terme d'une durée de quarante-huit heures¹⁰⁴⁹. En Tunisie, le malade mental représentant un danger imminent est hospitalisé d'urgence pendant quarante-huit heures. Un seul certificat médical suffit. Ce certificat devra néanmoins être établi par un médecin psychiatre exerçant dans une structure sanitaire publique¹⁰⁵⁰.

A Genève, toute personne dont «l'état dénote un grave danger pour sa vie ou son état mental» doit être examinée dans les vingt-quatre heures par «un médecin autorisé à pratiquer dans le canton et n'appartenant ni à l'établissement ni au Conseil de surveillance psychiatrique». Il est ensuite décidé de son admission conformément aux exigences ordinaires¹⁰⁵¹. En Israël, c'est le directeur de l'établissement psychiatrique, à l'initiative éventuellement du psychiatre de district, qui décide d'une éventuelle hospitalisation d'urgence, laquelle ne peut pas dépasser quarante-huit heures. A l'expiration de cette période, le patient doit bénéficier d'une autorisation de sortie, à moins que, entre-temps, son placement n'ait été ordonné d'office¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁶ Art. 20 de la section 3 de la Loi des Pays-Bas de 1992.

¹⁰⁴⁷ Art. 25 al. 2 et 3, 24 al. 1 et 23 al 4 let. a) de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie.

¹⁰⁴⁸ Art. 29.2 et 33.4 de la Loi du Japon N° 123 de 1950.

¹⁰⁴⁹ Art. L.343 de Loi française N° 90-257 du 27 juin 1990.

¹⁰⁵⁰ Art. 15 et 25 de la Loi de Tunisie N° 92-83 du 3 août 1992.

¹⁰⁵¹ Art. 12 du Règlement genevois d'exécution de la Loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques, K 1 25.01.

¹⁰⁵² Art. 5 et 9 de la Loi de Israël 5751 (1991).

En absence de signes manifestes de troubles mentaux, mais face à des indices de dangerosité, certaines législations nationales prévoient le «placement en vue d'observation».

4) Le placement en vue d'observation

Le placement en vue d'observation peut être en partie assimilé au placement d'urgence sans pour autant se confondre. Le placement en vue d'observation ou d'évaluation peut faire suite à un placement d'urgence, en particulier quand les troubles psychiques ne sont pas avérés et qu'un examen plus approfondi est considéré comme nécessaire¹⁰⁵³. Parfois, il remplace le placement d'urgence. Il s'agit là également d'une procédure autoritaire de durée brève qui est toutefois plus longue que la procédure d'urgence.

Contrairement à la détention d'urgence, le placement en vue d'observation peut être entrepris par la personne intéressée devant un juge; il ne peut pas faire l'objet de renouvellements¹⁰⁵⁴. Si les résultats sont concluants, ce placement se transforme en détention définitive. Le but recherché consiste à s'assurer de la légitimité du traitement à administrer. Son application est très courante lors des procédures pénales afin de faire constater l'état mental de l'intéressé.

En Israël, par exemple, ce genre de placement est qualifié de placement en vue d'«examen obligatoire d'urgence». Il peut être ordonné par écrit par tout psychiatre du district pour qu'une personne subisse un examen psychiatrique lorsqu'il y a un «commencement de preuve» que ladite personne est atteinte d'une maladie affectant d'une manière importante sa capacité de jugement ou sa perception de la réalité, qu'elle présente un danger immédiat pour elle-même ou pour autrui, et/ou qu'elle refuse de se laisser examiner par un psychiatre¹⁰⁵⁵.

En Belgique¹⁰⁵⁶, la mise en observation dans un service psychiatrique ne peut pas dépasser quarante jours. Pendant cette période le malade mental est «surveillé, examiné de façon approfondie et traité en tenant compte de la

¹⁰⁵³ «Livre blanc», par. 3.

¹⁰⁵⁴ A titre d'exemple, CourEDH, affaire Vodenicarov c. Slovaquie, arrêt du 21 décembre 2000, qui concernait un placement en vue d'observation pendant une durée de deux mois sans possibilité de contrôle juridictionnel.

¹⁰⁵⁵ Art. 6 de la Loi de Israël 5751 de 1991.

¹⁰⁵⁶ A noter que la Belgique connaît également une procédure d'urgence, pouvant précéder la mise en observation. Cette procédure peut être déclenchée par le Procureur du Roi qui peut se saisir d'office, à la suite de l'avis écrit d'un médecin désigné par lui ou à la demande écrite d'une personne intéressée. Cette mesure ne peut excéder vingt-quatre heures; art. 9 de la Loi belge du 29 juin 1990.

durée limitée de la mesure»¹⁰⁵⁷. Le malade peut toutefois bénéficier, seul ou accompagné, des sorties de courte durée ou d'un séjour à temps partiel, de jour ou de nuit, dans l'établissement. Si l'état du malade justifie la poursuite de son hospitalisation, le directeur de l'établissement doit requérir l'autorisation du Juge de paix en fournissant un rapport médical circonstancié¹⁰⁵⁸. En Allemagne, le placement provisoire peut durer jusqu'à deux mois¹⁰⁵⁹.

Au Royaume-Uni, la détention en vue d'observation ne peut excéder vingt-huit heures et doit être requise sur la base d'un certificat médical établi par deux médecins ayant personnellement examiné le patient ensemble ou séparément. Lorsque les médecins voient le patient séparément, les examens doivent être effectués avec au moins cinq jours d'intervalle. Un des deux médecins devrait être un psychiatre et, dans la mesure du possible, un devrait connaître le patient. A l'issue des premiers quatorze jours, le patient peut contester la détention¹⁰⁶⁰. En Ecosse, le placement en vue d'observation permet en quelque sorte de prolonger l'admission d'urgence. Cela n'est toutefois possible qu'à une seule reprise et pour une durée maximale de vingt-huit jours, le patient ayant alors le droit de recourir¹⁰⁶¹. En Finlande le placement pour évaluation ne peut excéder quatre jours. Le patient doit ensuite faire l'objet d'un rapport circonstancié précisant si son état justifie l'administration de soins forcés. Faute de quoi il doit être libéré¹⁰⁶².

En somme, le placement d'urgence, qui, sous certains cieux nationaux, peut se confondre sans toutefois s'assimiler au placement en vue d'observation, permet de déroger à l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH et plus précisément à l'exigence d'établir de manière probante l'aliénation du malade interné. Un avis médical est néanmoins généralement requis. Cette lacune est remplacée par une sorte de présomption de dangerosité fondée sur le passé médical du malade mental comme sur la nécessité de parer à tout danger immédiat et d'analyser avec sérénité la situation. La dérogation autorisée n'est toutefois que temporaire et ne dure que le temps de l'urgence, c'est-à-dire pendant une période relativement courte; après les conditions de régularité traditionnelles retrouvent toute leur importance. En revanche, les garanties contenues à l'art. 5 al. 1 let. e) CEDH s'appliquent, en principe, indistinctement au malade mental délinquant, que celui-ci ait été acquitté ou condamné, devant

¹⁰⁵⁷ Art. 4-13 de la Loi belge du 26 juin 1990.

¹⁰⁵⁸ Ibid.

¹⁰⁵⁹ LEGEMMATE, p. 26.

¹⁰⁶⁰ Art. 2 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni.

¹⁰⁶¹ Art. 26 du Mental Health Act (1984) d'Ecosse.

¹⁰⁶² Art. 9 et 10 de la Loi finlandaise N° 1116 du 14 décembre 1990.

subir un traitement psychiatrique en lieu et place d'une peine de prison. Il n'y aurait en effet pas de raisons d'octroyer à ce malade une protection juridique inférieure à celle dont bénéficie le malade mental non délinquant hospitalisé en raison de son état mental. Il devrait en aller de même pour les délinquants d'habitude et les récidivistes, même en l'absence d'un trouble mental diagnostiqué comme grave. Afin que les risques d'internements abusifs soient limités, en pratique, cette protection est importante quand bien même le contrôle du respect des voies légales internes ne consiste qu'en un contrôle de légalité formelle, limité à l'arbitraire, et la marge d'appréciation des Etats dans l'application des conditions de régularité imposées par la jurisprudence strasbourgeoise demeure aujourd'hui encore très vaste.

Conclusion

Le placement forcé du malade mental, délinquant ou non, a donné lieu à une jurisprudence conventionnelle enrichissante qui a su inspirer les législateurs internationaux comme nationaux.

Aujourd'hui, il est incontesté que l'hospitalisation forcée, administrative ou judiciaire, d'un malade mental dans un établissement public, y compris dans un service psychiatrique ouvert et même de brève durée, doit être assortie de certaines garanties de légalité et de régularité. Ces mêmes garanties doivent pouvoir, le cas échéant, régir, ou à tout le moins inspirer, la procédure de placement dans un établissement privé dans la mesure où la responsabilité de l'Etat pourrait être engagée.

En cas de placement volontaire, il est impératif de pouvoir s'assurer que le malade mental a consenti librement à son hospitalisation. Ce type de placement ne doit en aucun cas être assimilé au placement requis par des tiers, notamment par la famille et/ou par le représentant légal du malade, qui équivaut à un placement involontaire.

Le vrai danger d'arbitraire en cas de privation de liberté réside dans la violation des conditions de régularité auxquelles il ne saurait être dérogé, sauf provisoirement, en cas d'urgence. A l'origine, ces conditions résultent de la jurisprudence conventionnelle. Aujourd'hui, elles continuent de se développer par le biais des divers textes internationaux, qui répondent aux besoins actuels de protection et soulignent les défaillances qui peuvent encore être constatées.

Il est désormais acquis qu'aucun individu ne peut être placé d'office sans qu'un trouble mental grave, le rendant dangereux pour lui-même ou pour autrui, n'ait été diagnostiqué avec une certitude objective. Il est également admis que la mesure privative de liberté doit être révoquée dès que ce trouble a disparu. La question du lieu dans lequel la mesure sera exécutée est, en revanche, plus complexe. Qu'il s'agisse d'un établissement psychiatrique ordinaire ou rattaché à un établissement pénitentiaire, ce lieu ne doit pas seulement être adéquat. Il convient qu'il soit le plus approprié possible à l'état du malade mental, c'est-à-dire apte à offrir un encadrement thérapeutique suffisant pour faire cesser au plus vite la privation de liberté et favoriser au mieux l'évolution de son état psychique, afin que ce malade puisse être réintégré, même de façon graduelle, dans la société. Dans ce domaine, beaucoup de progrès restent à faire. Ces progrès s'avèrent impératifs puisqu'il incombe aux autorités internes, amenées à ordonner une hospitalisation forcée, de se fonder à la fois sur le constat d'un besoin thérapeutique et sur celui d'une protection efficace du malade mental.

L'internement du délinquant malade mental demeure encore trop imprégné d'une «raison de police» désormais dépassée. Des réflexes sécuritaires, compréhensibles mais loin d'être justifiés, amènent encore aujourd'hui les autorités internes à présumer dans les faits la dangerosité de ce type de malades¹⁰⁶³. La responsabilité de l'expert psychiatre s'en trouve accrue, son avis devenant déterminant. Cette situation est particulièrement regrettable puisqu'elle instaure un système de protection du malade mental à deux vitesses¹⁰⁶⁴. Un des aspects les plus négatifs de cette situation réside dans le fait que le délinquant malade mental risque de purger des peines privatives de liberté totalement disproportionnées par rapport à la faute commise, alors qu'il est au fond également une victime de sa maladie.

¹⁰⁶³ En Suisse, notamment, depuis 2000 nous assistons à une importante progression du nombre d'internements ordonnés, qui s'élèvent à vingt et un en moyenne par an. Par ailleurs, les libérations se font rares. Les autorités libéraient dans les années 1980 entre six et quatorze détenus internés par année. En 1993, ce chiffre est tombé à quatre, puis à deux en 1994, pour remonter à six en 1995. De 1996 à 1999, le nombre de libérations s'est établi à une par année. Elles n'étaient que deux en 2000, et aucune n'est intervenue en 2001. Les autorités ont sans doute été refroidies par les erreurs du passé. Voir MASMEJAN, D., Les délinquants internés sont toujours plus nombreux, *Le Temps*, 30 janvier 2004.

¹⁰⁶⁴ Le TF a affirmé qu'en cas d'internement d'un meurtrier sexuel dangereux, les soins médicaux et thérapeutiques doivent être dispensés «selon les possibilités» (sic!), ATF 123 IV 1 consid. 4c.

Troisième partie
Les droits procéduraux du malade
mental privé de liberté

Introduction

En droit international comme en droit national, le malade mental, qui fait objet d'une mesure d'hospitalisation forcée, jouit de certains droits procéduraux essentiels afin que sa privation de liberté soit conforme aux règles d'un Etat de droit et qu'elle le demeure.

A cet effet, le malade mental hospitalisé doit pouvoir introduire un recours devant un tribunal pour contester la légalité de sa détention et obtenir sa libération si celle-ci est illégale. Ce tribunal doit contrôler avec célérité la légitimité du placement et pouvoir, le cas échéant, ordonner la libération du malade. Il doit être un organe impartial, indépendant vis-à-vis des autorités médicales ayant décidé du placement et assurant un certain nombre de garanties procédurales. Il peut être saisi sur initiative du malade ou d'office à intervalles raisonnables (A).

Il est également essentiel que le malade mental hospitalisé puisse exercer sans entraves ces garanties procédurales fondamentales, qui découlent principalement de l'application du principe du procès équitable et qui, aujourd'hui, ont une assise incontestée, quand bien même leur portée varie en fonction des circonstances du cas concret. En parallèle à ces garanties, le malade doit aussi pouvoir exercer d'autres droits encore «jeunes» mais dont le futur est prometteur (B).

En cas de violation de ses libertés fondamentales, le malade mental hospitalisé peut entreprendre, en sus de son droit de recours, diverses autres voies juridictionnelles afin de se plaindre et/ou obtenir réparation. Ces voies ayant toutes une portée différente, il incombera au malade de choisir la plus appropriée à sa situation (C).

A. Le droit de recours juridictionnel

Toute personne privée de liberté doit pouvoir introduire un recours devant un tribunal pour contester la légalité de sa détention et obtenir sa libération si la mesure privative de liberté est illégale. Dans le cadre de la procédure de privation de liberté, d'après la systématique de la Convention, l'art. 5 al. 4 CEDH s'érige en *lex specialis* par rapport aux art. 6 et 13 CEDH¹⁰⁶⁵.

Le droit de recours juridictionnel est un droit fondamental dans l'optique de la sauvegarde de toutes les autres libertés de l'homme détenu. Il est consacré par la majorité des textes internationaux¹⁰⁶⁶. Le choix des justiciables se porte majoritairement sur l'art. 5 al. 4 CEDH en sa qualité de garantie internationale la plus souvent invoquée lors du placement d'un malade mental. Une disposition analogue se retrouve également dans le Pacte II¹⁰⁶⁷. En dépit de l'Observation générale de son organe de contrôle, le Comité des droits de l'homme, selon laquelle le droit de demander à un tribunal de statuer sur la légalité de la détention s'applique aussi aux privations de liberté pour cause de maladie mentale¹⁰⁶⁸, aucune communication n'a, à ce jour, traité d'un cas concret¹⁰⁶⁹.

Sur le plan international, la jurisprudence de Strasbourg est la seule à aborder les modalités du droit de recours du patient psychique. Elle a le mérite incontesté d'avoir élaboré les conditions minimales. Bien qu'indispensable, elle n'est, à elle seule, pas suffisante. Pour promouvoir une protection optimale de la condition du malade et de son droit au contrôle de la légalité de l'hospitalisation, il est impératif de tenir compte des principes consacrés par l'arsenal de «*soft law*» du Conseil de l'Europe, des Nations Unies et – *last but not least* – de l'OMS. Il est aisé de constater que tous les textes internatio-

¹⁰⁶⁵ Le même rapport existe entre l'art. 9 al. 4, d'une part, et les art. 14 et 2 al. 3 let. a) du Pacte II, d'autre part, ainsi que entre l'art. 7 al. 6 et les art. 8 et 25 de la CADH.

¹⁰⁶⁶ Le Pacte II et la CEDH mis à part, il existe d'autres textes à vocation universelle ou régionale qui énoncent le droit de recours juridictionnel; il s'agit notamment de l'art. 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de l'art. 7 al. 6 CADH, et de l'art. 7 al. 1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Pour un aperçu de la portée du droit au recours dans les différents textes internationaux, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1992/24/Add.3, du 29 avril 1992; DAES, aux pp. 154-178; Doc. ONU, E/CN.4/sub.2/1993/NGO/2, du 30 juillet 1993. Plus en général quant à ces différents instruments de protection des droits de l'homme, voir ALSTON; GLENN; SUDRE (1); OKERE, pp. 141-159; PALMIERI, pp. 52-87 et VILLIGER, pp. 647-656.

¹⁰⁶⁷ Art. 9 al. 4 Pacte II.

¹⁰⁶⁸ Observation générale N° 8 sur l'art. 9 Pacte II, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev. 1, du 29 juillet 1994, p. 10.

¹⁰⁶⁹ Notamment, BOSSUYT, pp. 507-565; NOWAK (3) pp. 377-396 et NOWAK (2) pp. 9-18.

naux – y compris par ailleurs la Déclaration de Hawaï¹⁰⁷⁰ – invitent les Etats à instaurer, dans leurs ordres juridiques, des voies de recours auprès d'un juge contre toute mesure d'arrestation ou de détention. Les législations nationales, bien entendu principalement les plus avant-gardistes, demeurent à cet égard une source d'inspiration variée et intarissable.

Pour une meilleure compréhension des développements plus spécifiques relatifs à la portée et aux modalités d'exercice du droit de recours juridictionnel dans le cas du malade mental hospitalisé de force, nous nous devons de commencer par le rappel de quelques généralités.

a) Généralités

Les art. 5 al. 4 CEDH et 9 al. 4 Pacte II, comme nous venons de le voir, sont deux dispositions analogues dont la portée dans ses grandes lignes est identique¹⁰⁷¹. Ainsi, en principe, ce qui vaut pour la première disposition est également valable pour la seconde¹⁰⁷².

Le droit de recours est strictement lié au droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal. Il découle du rôle essentiel du droit à la liberté dans une société démocratique, qui veut que le juge mette fin aux atteintes arbitraires à cette liberté¹⁰⁷³. Sont en jeu ici la protection de la liberté physique des individus, ainsi que la sûreté de la personne¹⁰⁷⁴. Ce droit

¹⁰⁷⁰ Art. 6 al. 2 de la Déclaration de Hawaï. Selon cette disposition un organe de recours indépendant et impartial doit examiner (*inquiry*) les cas de détention et/ou traitement involontaires. Au surplus, chaque patient doit être informé de l'existence de cet organe et doit pourvoi interjeter un recours, également par le biais d'un représentant, sans que le personnel de l'hôpital, ou quiconque d'autre, ne puisse l'entraver ou l'en dissuader.

¹⁰⁷¹ L'énoncé de l'art. 9 al. 4 Pacte II est identique à celui de l'art. 5 al. 4 CEDH, à ceci près que la formule «à bref délai» laisse place dans le texte universel à un «sans délai» sans doute encore plus contraignant.

¹⁰⁷² L'art. 7 al. 6 CADH est la seule disposition qui prévoit que toute personne confrontée à une «simple menace» d'être privée de liberté a le droit d'introduire un recours devant un juge ou un tribunal compétent pour statuer sur la légalité de celle-ci, aussi NIKKEN, principalement p. 102. Le Comité des droits de l'homme a adopté la même vision même si sa portée ne va pas, du moins expressément, aussi loin que la CADH. A l'occasion de l'affaire Delgado Paéz, il a effectivement interprété l'art. 9 Pacte II comme s'appliquant déjà au stade de la simple menace de privation de liberté et obligeant l'Etat à prendre des mesures appropriés pour assurer le droit à la liberté et à la sûreté de toute personne, Comm. N° 195/1985, du 12 juillet 1990, Delgado Paéz c. Colombie; ainsi que KÁLIN/MALINVERNI/NOWAK, surtout aux pp. 226-228; NOWAK (I), principalement aux pp.162-163; BOSSUYT, pp. 50-52 et MCGOLDRICK. L'art. 5 CEDH, en revanche, ne s'applique qu'en cas de privation de liberté effective, supra, II^e Partie, section A, sous-section a) et b).

¹⁰⁷³ CourEDH, affaire Kurt c. Turquie, arrêt du 25 mai 1998, § 123; CourEDH, affaire de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 65 ainsi que DOURAKI (I), pp. 275-277.

¹⁰⁷⁴ CourEDH, affaire Kurt c. Turquie, arrêt du 25 mai 1998, § 123.

possède une portée autonome: il peut être violé, quand bien même la privation de liberté se révélerait conforme à l'al. 1 de l'art. 5 CEDH¹⁰⁷⁵, et concrétise le principe de l'*habeas corpus*, dont il est fortement inspiré. Toutes les catégories de personnes privées de liberté, quels que soient le motif et l'organe à l'origine de la décision, peuvent le faire valoir. Il existe une seule exception à ce droit, à savoir lorsque le contrôle est déjà «incorporé» dans une décision émanant d'un «tribunal statuant à l'issue d'une procédure judiciaire [...]»¹⁰⁷⁶.

Le droit de recours est une garantie très générale prévue pour une grande variété de situations¹⁰⁷⁷. Ses principaux éléments peuvent ainsi se résumer comme suit: le contrôle juridictionnel doit être exercé par un tribunal statuant dans un bref délai, lors d'un débat contradictoire en présence de l'avocat de l'intéressé, sur la légalité de la détention comprise au sens large¹⁰⁷⁸. Au plan national, l'existence du contrôle juridictionnel doit être établie avec une certitude suffisante pour remplir les exigences conventionnelles d'accessibilité et d'effectivité¹⁰⁷⁹.

Au surplus, le droit de recours est un droit qui s'exerce *a posteriori*, l'intéressé se trouvant déjà détenu avant de saisir le juge. Il se distingue du droit d'accès à un tribunal en cas de contestation sur des droits et obligations à caractère civil – le droit à la liberté ne présentant pas un tel caractère¹⁰⁸⁰ – ou sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale¹⁰⁸¹. Il s'érige en *lex specialis* par rapport au recours effectif en cas de violation des droits et libertés¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁵ CourEDH, affaire Bouamar c. Belgique, arrêt du 29 février 1988, § 55; CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 53; et CourEDH, affaire de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 73.

¹⁰⁷⁶ CourEDH, affaire de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 76. Le Comité des droits de l'homme se réfère également à la doctrine du contrôle incorporé en cas d'application de l'art. 9 al. 4 Pacte II, NOWAK (1), pp. 179-180 et la jurisprudence citée. Pour une critique de cette doctrine, TRECHSEL (3), pp. 128-129, ainsi que nos considérations, infra III^e partie, section A, sous-section c), par. 1, i).

¹⁰⁷⁷ Pour un aperçu de la variété de situations couverte par l'art. 5 al. 4 CEDH et la jurisprudence correspondante, KOERING-JOULIN (1), pp. 229-230 ainsi que VAN DIJK/VAN HOOFF, pp. 381-388.

¹⁰⁷⁸ MACOVEI, p. 64

¹⁰⁷⁹ CourEDH, affaire de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 62. Tel n'est pas le cas si, par exemple, d'après le droit interne, les voies de recours ne sont pas encore clairement établies notamment puisque consacrées par une jurisprudence encore très récente, c'est-à-dire en formation et controversée, CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, § 54.

¹⁰⁸⁰ CourEDH, affaire Golder c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1975, § 33 ainsi que VELU/ERGECE, p. 298 et pp. 372-380.

¹⁰⁸¹ Art. 6 CEDH, 14 Pacte II et 8 CADH, ainsi que infra III^e partie, section B, sous-section a) par. 1.

¹⁰⁸² Art. 13 CEDH, 2 al. 3 du Pacte II et 25 CADH. Pour un aperçu comparatif, VELU/ERGECE, pp. 86-92; MERTENS; MALINVERNI, pp. 396-405 ainsi que infra, III^e Partie, section C), sous-section a) et b).

En principe, les autorités ne sont pas tenues d'informer la personne détenue de la possibilité d'exercer le droit au recours juridictionnel¹⁰⁸³. Ce dernier ne garantit pas un deuxième degré de juridiction en matière de demande de mise en liberté¹⁰⁸⁴ et ne s'applique pas non plus aux détentions de courte durée¹⁰⁸⁵. De telles affirmations, comme nous le verrons, peuvent cependant être nuancées, en particulier en présence d'un malade mental faisant l'objet d'une hospitalisation d'office.

Le contrôle de la légalité de la détention apparaît fondamental pour la protection du malade mental hospitalisé. Son rôle essentiel pour la sauvegarde du malade est évident; ce dernier pourra saisir un organe indépendant des autorités médicales ayant décidé le placement, qui contrôlera, avec célérité et en assurant certaines garanties procédurales, la légitimité de celui-ci et pourra, le cas échéant, ordonner la libération (d). L'exercice de ce droit demeure néanmoins soumis à certaines contraintes (c). Avant d'aborder les détails, quelques brèves remarques sur le champ d'application s'imposent (b).

b) Champ d'application

Pour un exercice efficace du contrôle juridictionnel de la détention d'un malade mental et dans la mesure où il existe un intérêt actuel, la légitimation active doit être reconnue assez largement (1). Si l'intéressé est libéré après le dépôt du recours, ce dernier devient sans objet (2).

Le droit de recours devrait également être garanti si l'hospitalisation est demandée par de tiers, notamment par les proches du malade (3), et, sous certaines conditions, si elle est de brève durée (4).

1) Titularité

Une brève remarque sur les personnes titulaires du droit de déposer un recours à l'encontre d'une décision d'hospitalisation forcée s'impose.

La jouissance de ce droit appartient, bien évidemment et en premier lieu, à celui qui est touché directement par la décision entreprise, à savoir le patient psychique lui-même. Toutefois, la légitimation active peut s'étendre selon les textes à un cercle relativement large de personnes dans l'entourage du patient psychique.

¹⁰⁸³ Sur le droit du malade mental d'être informé, *infra*, III^e Partie, section B, sous-section c).

¹⁰⁸⁴ VELU/ERGEC, p. 299.

¹⁰⁸⁵ CommEDH, req. 7376/76, DR 7, p. 123.

La Recommandation du Conseil de l'Europe N° R (83) 2 prévoit que «tout intéressé» peut exercer le droit de recours juridictionnel¹⁰⁸⁶. L'exposé des motifs semble néanmoins réduire en quelque sorte l'éventail des personnes légitimées en indiquant que «il appartient à la législation de chaque Etat membre de définir ce qu'il faut entendre par intéressé (par exemple, membres de la famille, personnes vivant avec le patient, etc.)»¹⁰⁸⁷. Dans un premier temps, les rédacteurs des Principes des Nations Unies ont voulu proposer une portée tout aussi large; ensuite, leur vocation universelle, les a poussée vers la solution la plus classique en restreignant l'exercice de ce droit à «tout patient placé d'office»¹⁰⁸⁸. Selon les Dix Principes de l'OMS, en revanche, la procédure de recours doit pouvoir être déclanchée «sur demande des parties intéressées y compris la personne en cause»¹⁰⁸⁹. Plus restrictifs, les auteurs du «Livre blanc» considèrent que seuls «les patients» peuvent demander la révision de la légalité du placement¹⁰⁹⁰. La Recommandation N° REC(2004)10 parle de «personne concernée»¹⁰⁹¹ et étend la légitimation aussi à la «personne de confiance» ou au «représentant» de ladite personne concernée¹⁰⁹².

Comme toujours, les Etats sont libres d'aller au-delà des solutions minimalistes des textes internationaux. Parmi les formulations les plus généreuses, il y a notamment celle de la loi italienne, qui a rompu la première avec toutes les codifications existantes et, partant, avec les restrictions prévues dans la plupart des législations européennes. En effet, les procédures d'appel et de recours peuvent être introduites par «toute personne ayant un intérêt» sans autre distinction¹⁰⁹³. La loi française suit de près les traces de sa sœur aînée puisque le tuteur, le curateur, le conjoint, ou tout parent peuvent introduire un recours

¹⁰⁸⁶ Art. 4 al. 2 *in fine* de la Recommandation N° R (83) 2 ainsi que CourEDH, affaire Rakevich c. Russie, arrêt du 24 mars 2004, § 44, où la Cour a rappelé que le malade doit pouvoir saisir de manière autonome l'autorité compétente pour statuer.

¹⁰⁸⁷ Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, §§ 22-26.

¹⁰⁸⁸ Doc. ONU, E/CN.4/1990/53/Add. 2, du 4 janvier 1990, p. 15; Doc. ONU, E/CN.4/1991/39, du 5 février 1991, p. 17 ainsi que le principe 17 des Principes des Nations Unies.

¹⁰⁸⁹ Principe 7 par. 1 des Dix Principes de l'OMS.

¹⁰⁹⁰ «Livre blanc», par. 14.

¹⁰⁹¹ Art. 25 al. 2 de la Recommandation N° REC(2004)10 qui ne donne pas d'explication sur ce qu'il faut comprendre par «personne concernée». Le texte anglais parle de «*the person*». Il est vraisemblable que cette expression ne vise que le patient lui-même.

¹⁰⁹² *Ibid.*

¹⁰⁹³ Art. 5 de la Loi italienne N° 180. Cette disposition prévoit en effet que «Chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio, e chiunque vi abbia interesse (quiconque ait un intérêt), può porre al tribunale competente per territorio ricorso contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare». L'art. 4, qui régleme le recours auprès du Maire en sa qualité d'autorité administrative, semble étendre quelque peu la légitimité active: «Chiunque (quiconque) può rivolgere al sindaco richiesta di revoca o di modifica del provvedimento con il quale è stato disposto o prolungato il trattamento sanitario». PIZZI rappelle la jurisprudence constitutionnelle d'après laquelle le terme «quiconque» doit toujours se comprendre comme «quiconque ait un intérêt» (Cass., S.U., du 8 mai 1978, n° 2207) ainsi que les travaux préparatoires à la loi (disegno governativo) où cette dernière formule avait bel et bien été prévue, PIZZI, pp. 22-24 et 55.

pour contester la légalité de la mesure de placement. Rien n'est surprenant à ce stade si ce n'est qu'un tel droit est reconnu également pour le concubin et tous ceux susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade¹⁰⁹⁴. L'élargissement du cercle des personnes légitimées à introduire un recours en lieu et place du malade, codifié dans les textes italien et français, exerce peu à peu son influence sur les autres législations. A Genève, par exemple, la loi énumère parmi les personnes légitimées «la famille ou les proches de la personne concernée, le tuteur, le curateur ou le conseil légal»¹⁰⁹⁵. La notion de «personne proche» a de surcroît une portée assez large: elle peut inclure, en sus des parents et amis, les médecins, les assistants sociaux, les ecclésiastiques, etc¹⁰⁹⁶. Au Royaume-Uni, le droit de recours appartient notamment «au parent le plus proche», à savoir et par ordre d'importance: le mari, la femme ou le concubin; le fils ou la fille; le père ou la mère; le frère ou la sœur; les grands-parents; les petits-enfants; l'oncle ou la tante; le neveu ou la nièce. Le plus proche parent sera la personne vivante figurant dans la liste ci-dessus en tenant compte de l'ordre de l'énumération¹⁰⁹⁷.

En Israël, «toute personne» peut recourir auprès du Tribunal de santé mentale contre un ordre d'hospitalisation¹⁰⁹⁸. Dans la Fédération de Russie, le recours est ouvert également à «toute organisation habilitée de par la loi ou ses statuts à défendre les droits des citoyens [...]»¹⁰⁹⁹.

Sur la base de ce qui précède, le droit de recours dans le cadre du contrôle de la détention d'un malade mental peut se rapprocher d'une forme restreinte d'*actio popularis*¹¹⁰⁰. Serait-ce un signe de son importance grandissante en vue d'assurer une protection efficace du malade? Quoi qu'il en soit, les organes

¹⁰⁹⁴ Art. L.350 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990.

¹⁰⁹⁵ Art. 20 al. 2 et 37 al. 2 et 3 de la Loi genevoise K 1 25.

¹⁰⁹⁶ NIVEAU/BERTRAND (2), p. 1246.

¹⁰⁹⁷ En cas de différend, un Tribunal peut même être appelé à trancher. Pour en savoir plus, LOUZON, pp. 50-51. La Commission avait d'ailleurs déclaré recevable une requête britannique ayant trait au refus opposé à un patient, faisant l'objet d'un internement psychiatrique, de désigner une autre personne que sa mère en tant que «plus proche parent», CommEDH, req. 26494/95 X c. Royaume-Uni. Une requête ayant trait à l'impossibilité pour la requérante, internée en hôpital psychiatrique, de demander à un tribunal de changer «la personne la plus proche» désignée conformément à la loi pour défendre les intérêts de l'intéressée a abouti à un règlement amiable, CommEDH, req. 26494/95, J. T. c. Royaume-Uni. Aux termes dudit règlement, le Gouvernement britannique s'est engagé à procéder à une modification législative pour permettre à l'individu placé de saisir un tribunal pour être assisté d'une autre «personne la plus proche» s'il a des raisons objectives de refuser celle désignée par la loi.

¹⁰⁹⁸ Art. 12 de la Loi d'Israël 5751 de 1991.

¹⁰⁹⁹ Art. 35 al. 3 de la Loi de la Fédération de Russie du 2 juillet 1992.

¹¹⁰⁰ La Convention interaméricaine prévoit d'ailleurs l'*actio popularis* pour toute violation des droits qu'elle garantit, y compris le droit de recours juridictionnel, art. 44 CADH ainsi que BURGENTHAL/KISS, pp. 109-111. Lors de son commentaire sur la légitimation active au sens des art. 4 et 5 de Loi italienne N° 180, PIZZI avait fait référence à une sorte d'*actio popularis* en indiquant qu'une telle interprétation aurait pu se justifier en présence d'une interprétation large de «l'intérêt pour recourir», PIZZI, p. 23.

conventionnels semblent être réceptifs à cette légitimation active étendue; par le passé la Commission avait en effet considéré le conjoint du malade hospitalisé comme une victime indirecte, pouvant à ce titre se plaindre du caractère prétendument illicite de la détention¹¹⁰¹.

La raison d'être de l'art. 5 al. 4 CEDH consiste en la possibilité d'obtenir, le cas échéant, la libération immédiate d'un individu hospitalisé sans droit. Cette disposition n'a pas pour but que soit constatée une détention arbitraire¹¹⁰². Ainsi, une fois la privation de liberté arrivée à son terme, le malade ne pourra plus se prévaloir de cette garantie fondamentale.

2) L'«intérêt actuel» à l'introduction du recours

Pour pouvoir exercer le droit de recours juridictionnel, le malade mental doit avoir un intérêt actuel, à savoir être «actuellement» privé de liberté¹¹⁰³. Cela revient en d'autres termes à opérer une distinction entre un état de non-liberté et un état de liberté¹¹⁰⁴ aux fins d'une application effective du droit au recours juridictionnel. Nous retrouvons en effet dans ce contexte la même jurisprudence sur la différenciation entre privation de liberté et restriction de liberté¹¹⁰⁵.

Il est légitime de se demander ce qu'il advient du patient qui bénéficie d'une mise en liberté provisoire, éventuellement après avoir déjà déposé un recours pour obtenir sa libération définitive.

¹¹⁰¹ CommEDH, req. 4185/69, X c. République Fédérale d'Allemagne, Recueil Vol. 35, p. 140. Sur la notion de victime indirecte, VELU/ERGEC, pp. 803-805.

¹¹⁰² *Mutatis mutandis*, art. 9 al. 4 Pacte II et 7 al. 4 CADH. Toutefois, dans le cadre de la Convention interaméricaine, notamment, la possibilité d'introduire un recours devant un tribunal contre la simple menace d'une privation de liberté arbitraire devrait permettre d'obtenir une déclaration de détention arbitraire même en l'absence de toute privation de liberté effective, supra, III^e partie, section A, sous-section a).

¹¹⁰³ La Commission avait clairement dit que l'art. 5 al. 4 CEDH cessait de s'appliquer une fois que la détention prenait fin. Un détenu au bénéfice d'une mise en liberté ne peut dès lors se prétendre victime d'une violation des garanties de procédure intervenue devant l'instance ayant examiné la légalité de sa détention, CommEDH, req. 12778/87, W. c. Suède, DR 59, p. 159. Il en va de même en droit suisse. Selon une jurisprudence constante du TF, notamment, le recours de droit public de même que le recours en réforme contre une décision privative de liberté à des fins d'assistance ne sont pas recevables s'ils sont déposés une fois que la mesure a pris fin, ATF 116 la 149 consid. 2a; ATF 109 la 169 consid. 3c; ATF du 5 décembre 2002 [SP.363/2002] en la cause V. A. c. canton Genève, consid. 1.2; ATF du 20 janvier 1997 [SC.3/1997] en la cause C. G. c. canton Berne, consid. 2 ainsi que, plus en général, ATF 125 I 394 consid. 4a. De surcroît, seules les mesures qui privent ou restreignent la liberté, et non les décisions qui lèvent de telles mesures, peuvent être soumises au contrôle du juge, ATF 112 II 104.

¹¹⁰⁴ Nous l'avons vu, cette distinction est loin d'être facile, supra, II^e Partie, section A et section B, sous-section a) et b).

¹¹⁰⁵ CourEDH, affaire Ashingdane c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985, § 91; CourEDH, affaire Guzzardi c. Italie, arrêt du 6 novembre 1980, § 92 ainsi que supra, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 4 et les références citées.

Selon la Commission, le fait d'être physiquement libéré de l'hôpital n'entraînait pas automatiquement (sic!) un état de liberté. Formellement à tout le moins, l'existence d'un état de détention dépendait en effet de la sévérité des conditions auxquelles la mise en liberté était soumise. S'agissant de ces conditions, la Commission se référait surtout aux circonstances pouvant accompagner une éventuelle obligation de continuer à suivre un traitement médical. Dans deux affaires suédoises¹¹⁰⁶, la Commission avait notamment jugé que l'art. 5 al. 4 CEDH ne pouvait pas être invoqué par un patient d'un établissement psychiatrique en liberté provisoire car les conditions imposées à sa libération, à savoir l'obligation de subir un traitement médical et de se présenter tous les quinze jours à l'hôpital, n'atteignaient pas le degré de sévérité suffisant pour conclure qu'il était encore privé de liberté au sens de la Convention¹¹⁰⁷.

Dans l'affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*¹¹⁰⁸ et bien après la jurisprudence de la Commission, la Cour a toutefois considéré que la privation de liberté perdurait depuis la décision de placement forcé aussi longtemps qu'elle n'était pas révoquée officiellement. Se référant plus précisément au cas d'espèce, elle a encore ajouté que le fait d'être en fuite ou de bénéficier d'un congé à l'essai ne saurait remplacer une telle révocation puisque, jusqu'à une telle révocation, le risque de devoir réintégrer de force l'établissement persiste. Ce risque de réintégration est suffisant pour empêcher le malade de jouir du droit à la liberté et à la sûreté et justifie dès lors à lui seul le droit de recours¹¹⁰⁹.

Sans doute, le fait que la requérante s'était échappée de l'hôpital et ne savait pas qu'un congé à l'essai avait été octroyé après sa fuite, a été essentiel dans la décision de la Cour. Celle-ci, dans ses considérants, a clairement spécifié que dans «l'optique» de la requérante, la décision de lui octroyer un congé n'avait rien changé puisqu'elle ne la connaissait pas et continuait «à craindre de devoir réintégrer l'établissement»¹¹¹⁰.

Sur cette problématique, les positions de la Commission et de la Cour n'étaient pas très éloignées¹¹¹¹. La Cour a ajouté une condition subjective aux conditions objectives élaborées par la Commission. Ainsi, aussi longtemps

¹¹⁰⁶ CommEDH, req. 10801/84, L. c. Suède, DR 61, pp. 62 et 86-87 ainsi que CommEDH, req. 12788/87, W c. Suède, DR 59, pp. 163-164.

¹¹⁰⁷ Ibid.

¹¹⁰⁸ CourEDH, affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1990.

¹¹⁰⁹ Ibid., § 35. La Commission, en revanche, n'avait pris en compte que la période pendant laquelle *Van der Leer* avait été «matériellement» privée de liberté, CommEDH, affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*, avis du 18 juillet 1988, § 116. Dans le même sens, en dépit d'une problématique différente, aussi CourEDH, affaire *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 1987, §§ 43-50 et CourEDH, affaire *Van Droogenbroeck c. Belgique*, arrêt du 24 juin 1984, § 40.

¹¹¹⁰ CourEDH, affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1990, § 35.

¹¹¹¹ *Contra* WACHENFELD, p. 168.

que le patient ignore son état de liberté et jusqu'à la révocation formelle de la décision de placement initial, son recours n'est pas dépourvu d'objet.

Plus récemment, à l'occasion de l'affaire Herz c. Allemagne¹¹¹², la Cour a confirmé sa jurisprudence, tout en franchissant une étape supplémentaire. Elle était confrontée à la décision du Tribunal allemand qui avait rejeté le recours du requérant à l'encontre de son internement sans en examiner le fond au motif que la mesure privative entreprise avait expiré et que l'intéressé avait fui l'hôpital entre-temps¹¹¹³. Dans un *obiter dictum*, la Cour a expliqué que le seul fait qu'une mesure d'internement provisoire ait expiré ne saurait priver l'intéressé du droit d'en faire contrôler la légalité, ceci étant justifié eu égard «à la gravité que constitue un internement dans un établissement psychiatrique, fût-il provisoire»¹¹¹⁴. Les garanties offertes par l'art. 5 al. 4 CEDH seraient en effet vidées de leur sens si le contrôle judiciaire d'un placement provisoire – par nature limité – n'était possible qu'aussi longtemps que «les effets» de la mesure privative perdureraient¹¹¹⁵. Nous retrouvons, dans le terme «effets», cet élément subjectif vraisemblablement indispensable aux yeux de la Cour pour élargir l'application de l'art. 5 al. 4 CEDH à un état de liberté temporaire. Suite à ces considérations, rappelant sa jurisprudence dans l'affaire Van der Leer c. Pays-Bas, la Cour a conclu à la violation de cette disposition puisque «même en fuite, le requérant demeurerait concerné et, partant, affecté par la mesure d'internement qui aurait pu le frapper à n'importe quel moment»¹¹¹⁶.

La portée réelle des jurisprudences Van der Leer et Herz précitées reste bien sûr à mesurer en fonction d'autres décisions à venir. Nous pouvons néanmoins y voir un pas décisif vers une application plus large de la garantie du droit de recours juridictionnel, peut-être en partie au détriment d'autres dispositions conventionnelles.

Il est opportun de dire encore quelques mots au sujet du droit de recours lors d'hospitalisations demandées par des tiers et d'hospitalisations de courte durée, hospitalisations d'urgence y comprises.

3) L'hospitalisation à la demande de tiers

En ce qui concerne les placements demandés par des tiers, nous avons vu que la porte à l'application de l'art. 5 CEDH et, en conséquence de son al. 4, reste

¹¹¹² CourEDH, affaire Herz c. Allemagne, arrêt du 12 juin 2003.

¹¹¹³ *Ibid.*, §§ 20-25.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, § 68.

¹¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹¹⁶ *Ibid.*, §§ 69-70.

entrouverte¹¹¹⁷. Si dans l'état actuel de la jurisprudence strasbourgeoise, seuls les malades hospitalisés d'office bénéficient du droit au contrôle de la légalité de leur détention, il n'en va pas de même selon d'autres textes internationaux et nationaux.

La Recommandation N° R (83) 2 prévoit, par exemple, que toute personne placée sans en avoir fait la demande – ce qui inclut aussi l'hospitalisation sur requête de tiers – a le droit d'introduire un recours devant un tribunal qui décidera selon une procédure simple et rapide¹¹¹⁸. La Recommandation N° 1235 (1994)¹¹¹⁹ et la Recommandation N° REC(2004)10¹¹²⁰ abondent également dans ce sens. Les Dix Principes de l'OMS exigent que la décision de placement soit autorisée «par une autorité officielle (juge) ou de substitution (représentant légal, tuteur, etc.) et par les dispensateurs de soins de santé» même si la demande d'origine émane d'un tiers¹¹²¹. Les rédacteurs des Principes des Nations Unies ont préféré, encore une fois, se rallier à une optique plus traditionaliste, en limitant le droit de contrôle de la légalité au placement d'office, que l'on qualifiera de «classique»¹¹²². Ce choix était dicté par un souci de simplicité; en aucun cas, il ne reflète la tendance actuelle, qui met l'accent sur l'importance du droit de recours, même et surtout, en cas d'hospitalisation demandée par l'entourage du malade¹¹²³.

Les législations nationales se dirigent vers cette voie. En France, la loi prévoit que toute personne hospitalisée sans son consentement ou retenue dans quelque établissement que ce soit – public ou privé – peut, à n'importe quel moment, se pourvoir par simple requête devant le Président du Tribunal de grande instance du lieu de la situation de l'établissement¹¹²⁴. A Genève, le Conseil de surveillance psychiatrique est l'organe de recours pour toutes les admissions contre la volonté du patient et, de plus, les décisions prises par le Conseil peuvent faire l'objet d'un recours, le cas échéant avec effet suspensif, à la Cour de justice¹¹²⁵.

Qu'en est-il alors des hospitalisations de courte durée?

¹¹¹⁷ Supra, II^e partie, section B, sous-section b), par. 2.

¹¹¹⁸ Art. 4 de la Recommandation N° R (83) 2.

¹¹¹⁹ Art. 7 par. 1 let. b) de la Recommandation 1235 (1994) indique qu'en cas de placement non volontaire – ce qui inclut *a contrario* l'hospitalisation sur demande d'un tiers –, la décision doit pouvoir faire l'objet d'un recours et qu'une révision périodique et automatique de la nécessité du placement doit être prévue.

¹¹²⁰ Art. 25 de la Recommandation N° REC(2004)10.

¹¹²¹ Principe 7 des Dix Principes de l'OMS.

¹¹²² Principe 17 des Principes des Nations Unies.

¹¹²³ Supra, II^e partie, section B, sous-section b), par 2.

¹¹²⁴ Art. L.351 de la loi française du 27 juin 1990. Le non respect de cette décision judiciaire est assorti de sanctions pénales (art. L.352).

¹¹²⁵ Art. 18 et 20 de la Loi genevoise K 1 25.

4) L'hospitalisation de courte durée

La durée de la contrainte ne constitue pas un facteur excluant *a priori* l'application de l'art. 5 CEDH¹¹²⁶. Le droit de recours juridictionnel ne trouve en principe toutefois pas d'application en cas de détentions de courte durée¹¹²⁷. Ceci est particulièrement vrai, comme le soulignent à juste titre VAN DIJK et VAN HOOFF, pour les détentions qui ne dépassent pas quelques heures¹¹²⁸, dont certains placements d'urgence. En effet, dans pareilles circonstances, la détention cesse normalement avant qu'une décision sur recours ne puisse intervenir, de sorte que ce dernier devient sans objet¹¹²⁹.

La situation d'un malade mental hospitalisé d'urgence pour une période supérieure à quelques heures est sensiblement différente. Ainsi que nous l'avons vu¹¹³⁰, une hospitalisation d'urgence peut durer, en moyenne et d'après les législations nationales, de vingt-quatre¹¹³¹, à quarante-huit¹¹³² heures jusqu'à soixante-douze heures¹¹³³ avec parfois la possibilité d'être prolongée¹¹³⁴. Normalement, toujours selon les législations nationales, aucun recours n'est possible pendant les premières heures de placement. Cependant, si l'hospitalisation d'urgence se prolonge – notamment en se transformant en hospitalisation en vue d'observation ou d'office – le patient jouit du droit de déposer recours dès le prononcé de la prolongation¹¹³⁵ sauf si la décision

¹¹²⁶ Supra, II^e partie, section A, sous-section a) et la jurisprudence citée.

¹¹²⁷ VELU/ERGEC, pp. 299-300.

¹¹²⁸ C'est le cas surtout des détentions à des fins d'expulsion au sens de l'art. 5 al. 1, let. f) CEDH. A cet égard, par exemple, la nouvelle Loi française du 6 juillet 1992 sur les zones d'attente des ports et aéroports prévoit que le maintien en zone d'attente d'un étranger est soumise, après un délai de quatre jours, à une décision du Président du Tribunal de grande instance; avant l'échéance de ce délai, il n'y a pas de contrôle juridictionnel.

¹¹²⁹ VAN DIJK/VAN HOOFF, p. 346 ainsi que VELU/ERGEC, p. 300.

¹¹³⁰ Supra, II^e partie, section C, sous-section c), par. 3.

¹¹³¹ Art. L.343 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990.

¹¹³² Art. 5 de la Loi d'Israël 5751 de 1991. En Tunisie, le malade mental peut être détenu pendant quarante-huit heures également. Les autorités devront se référer au Président du tribunal compétent qui statuera sans délai sur l'éventuelle prolongation de la détention, art. 25 de la Loi de Tunisie N° 92-83 du 3 août 1992. Les art. 2 et 3 de la Loi italienne N° 180 prévoient également une hospitalisation de quarante-huit heures avec l'obligation d'en référer au juge pour confirmer ou infirmer la mesure.

¹¹³³ Art. 4 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni; art. 24 du Mental Health Act (1984) d'Ecosse; art. 29 et 33 de la Loi du Japon N° 123 de 1950, ainsi que supra, II^e partie, section C, sous-section c), par. 3 et les exemples cités.

¹¹³⁴ Art. 30 de la Loi des Pays-Bas de 1992, qui prévoit que si le danger continue d'exister le juge peut autoriser la prolongation de la détention, cette autorisation étant valable pour une durée de trois semaines à partir de la date de l'autorisation.

¹¹³⁵ D'après l'art. 2 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni, le patient peut recourir dans les quatorze jours suivant la prolongation de la détention auprès du MHRT. Selon l'art. 26 du Mental Health Act (1984) d'Ecosse, le patient en placement à court terme – qui suit norma-

de prolongation a été prise par un juge. En effet, dans ce cas, comme nous le verrons ci-dessous, le contrôle juridictionnel se trouve déjà incorporé dans la décision¹¹³⁶.

La jurisprudence conventionnelle s'est en quelque sorte adaptée aux réalités nationales. Par le passé, la Commission avait déjà réitéré le principe selon lequel la personne arrêtée ou détenue jouit immédiatement des garanties de l'art. 5 al. 4 CEDH, indépendamment de la durée de sa privation de liberté. Cependant, si aucun recours n'existe, il n'y a violation de la Convention que si la détention prend fin au terme d'un délai plus long que celui qu'aurait exigé une procédure, même très rapide, répondant aux conditions de la disposition précitée¹¹³⁷.

La loi d'Israël pourrait être citée à titre d'exemple. L'hospitalisation d'urgence ne peut excéder quarante-huit heures; le Tribunal de santé mentale peut, toutefois, instruire le recours dans un délai de cinq jours et rendre ainsi une décision après la libération du patient¹¹³⁸.

Selon la Cour européenne, l'art. 5 al. 4 CEDH est violé si la personne privée de liberté ne peut interjeter recours que six, sept ou treize jours après le début de la détention¹¹³⁹. Les circonstances du cas d'espèce déterminent la durée admissible. Dans l'affaire *Wassink c. Pays-Bas*¹¹⁴⁰, la libération intervenue dans un délai de trois semaines n'avait pas été considérée comme ayant eu lieu dans un délai suffisamment bref pour rendre superflue une révision au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH¹¹⁴¹. Plus récemment, dans l'affaire *Vodenicarov c. Slovaquie*¹¹⁴², la Cour a considéré qu'un placement en vue d'observation pendant une durée de deux mois sans un contrôle juridictionnel de sa légitimité était contraire à la Convention¹¹⁴³.

La brièveté du délai permettant de bénéficier du droit au recours juridictionnel ne doit pas non plus affecter l'accessibilité et l'effectivité de la voie

lement le placement d'urgence – peut interjeter appel auprès du *Sheriff*. Pour le placement d'urgence, aucune disposition écrite ne prévoit qu'un patient ne puisse pas déposer appel; en pratique, la Commission du bien-être mental ne peut intervenir dans une période aussi brève que soixante-douze heures, LOUZOUN, pp. 71-77 et 94-95.

¹¹³⁶ Infra, III^e partie, section A, sous-section c), par. 1.

¹¹³⁷ CommEDH, req. 7376/76, X et Y c. Suède, DR 7, p. 126 ainsi que TRECHSEL (3), pp. 322-324.

¹¹³⁸ Art. 12 de la Loi d'Israël 5751 de 1991.

¹¹³⁹ CourEDH, affaire *De Jong, Commission et Van den Brink c. Pays-Bas*, arrêt du 22 mai 1984, § 58; CourEDH, *Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, § 200 ainsi que TRECHSEL (5), pp. 322-323.

¹¹⁴⁰ CourEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990.

¹¹⁴¹ Ibid., § 54.

¹¹⁴² CourEDH, affaire *Vodenicarov c. Slovaquie*, arrêt du 21 décembre 2000.

¹¹⁴³ Ibid., §§ 30-45. Le requérant était en attente d'un jugement définitif et exécutoire concernant son placement dans un institut de santé mentale, la procédure d'appel étant pendante, § 42 *in fine*.

de recours¹¹⁴⁴. Tel pourrait être le cas notamment d'un malade mental hospitalisé d'urgence qui ne pourrait pas présenter à temps l'avis de son médecin traitant ou d'un expert indépendant.

En ce qui concerne le droit au contrôle périodique de la légalité de la détention¹¹⁴⁵, ce dernier n'a pas de raison d'être en cas d'hospitalisation d'urgence de courte durée. Il n'en va pas de même si le placement peut se prolonger pendant des périodes supérieures à quelques jours¹¹⁴⁶.

En bref, tout malade mental hospitalisé doit pouvoir jouir du droit au contrôle juridictionnel de la légalité de sa détention. Ce droit peut être invoqué aussi longtemps que le malade est privé de liberté et que la décision de placement n'est pas révoquée. D'autres personnes que le malade ont la légitimation active. A certaines conditions, le droit de recours peut même être exercé à l'encontre des hospitalisations de courte durée ou demandées par des tiers. Toutefois, son champ d'application «classique» demeure l'hospitalisation d'office de longue durée; il doit pouvoir s'exercer au début du placement mais également de manière périodique tout au long de ce dernier.

c) Le droit de recours juridictionnel et ses limites

Concrètement, le malade hospitalisé pourra exercer son droit de recours à deux moments bien distincts: tout au début de l'hospitalisation par un premier contrôle de la décision initiale de privation de liberté (1) et, ensuite, périodiquement (2).

1) Le recours contre la décision initiale d'hospitalisation

Une lecture littérale de l'art. 5 al. 4 CEDH, pourrait nous laisser croire que tout individu détenu a «le droit de faire *toujours* [c'est nous qui soulignons] contrôler par un tribunal la légalité d'une décision antérieure qui l'a privé de liberté»¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁴ CourEDH, affaire Brozicek c. Italie, arrêt du 19 décembre 1989, § 32.

¹¹⁴⁵ Pour la distinction entre droit de recours contre la décision initiale et droit au contrôle périodique de la détention, infra, III^e Partie, section A, sous-section c), par. 1.

¹¹⁴⁶ En Russie, selon l'art. 21 du Décret N° 8282-XI du 5 janvier 1988, les malades placés dans un hôpital ou service psychiatrique selon la procédure d'urgence étaient examinés au moins une fois par mois par des commissions de psychiatres dans le but de décider de l'interruption ou de la poursuite du traitement obligatoire. La nouvelle loi ne prévoit plus le placement d'urgence; le contrôle périodique de la détention au moins une fois par mois, en tout cas pendant les premiers six mois, est toutefois exigé dans le cadre du placement d'office, art. 36 de la Loi de la Fédération de Russie du 2 juillet 1992.

¹¹⁴⁷ CourEDH, affaire de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 76.

Un tel contrôle existe sans aucun doute pour les décisions prises par une autorité administrative¹¹⁴⁸.

Si une autorité statue dans le cadre d'une procédure ayant un caractère judiciaire qui assure à l'intéressé les garanties adaptées à son type de détention, la Convention n'impose pas une voie de recours contre cette décision. En effet, dans ce cas, le contrôle prévu par l'art. 5 al. 4 CEDH se trouve incorporé dans la décision initiale¹¹⁴⁹. Il s'agit de ce que l'on désigne communément d'exception du «contrôle incorporé» (i). Cette exception s'estompe progressivement au vu de l'importance grandissante du droit au double degré de juridiction (ii).

i) L'exception du «contrôle incorporé» et ses critiques

Selon la théorie conventionnelle de l'exception du «contrôle incorporé», le droit de recours juridictionnel ne peut être exercé à l'encontre d'une décision initiale d'hospitalisation forcée prononcée dans le cadre d'une procédure ayant un caractère judiciaire qui assure à l'intéressé les garanties adaptées à son type de détention.

Au début, cette théorie a été critiquée âprement. Avec le temps, la jurisprudence avisée de la Cour a nuancé et relativisé le bien-fondé des diverses critiques. Les deux qui suivent méritent néanmoins d'être exposées brièvement.

TRECHSEL considère que l'exception du «contrôle incorporé» doit être éventuellement opposée aux détenus ayant fait l'objet d'une condamnation et, partant, d'une décision judiciaire garantissant leurs droits de partie à la procédure. Son application pourrait, en revanche, se révéler dangereuse pour une protection efficace d'autres catégories de personnes privées de liberté, comme les malades mentaux. Tel aurait été le cas si la seule l'existence

¹¹⁴⁸ La Cour dans sa jurisprudence explique les raisons sous-jacentes à l'exception du «contrôle incorporé»: «il est clair que l'article 5 alinéa 4 a pour but d'assurer aux individus arrêtés ou détenus le droit à une vérification juridictionnelle de la légalité de la mesure ainsi prise à leur égard. Il s'ensuit logiquement que si la décision privative de liberté émane d'un organe administratif, l'article 5 alinéa 4 astreint sans nul doute les Etats à ouvrir au détenu un recours auprès d'un tribunal. Il n'en va pas de même quand elle est rendue par un tribunal statuant à l'issue d'une procédure judiciaire: dans cette hypothèse, le contrôle voulu par l'article 5 alinéa 4 se trouve incorporé à la décision. Cependant, seule est visée la décision initiale, et non la détention ultérieure dans la mesure où des questions nouvelles de légalité la concernant surgiraient après coup», *ibid.* ainsi que CourEDH, affaire Silva Rocha c. Portugal, arrêt du 15 novembre 1996, §§ 26-29 et CourEDH, affaire Iribarne Perez c. France, arrêt du 24 octobre 1995 §§ 30-31; Cette théorie est par ailleurs connue également en droit suisse, ATF 115 la 293 consid. 2a; ATF 121 I 297 ainsi que TRECHSEL (7), pp. 212-213.

¹¹⁴⁹ CourEDH, affaire Garcia Commission c. Allemagne, arrêt du 13 février 2001, § 39 et CourEDH, affaire Jecius Juozas c. Lituanie, arrêt du 31 juillet 2000, § 100.

formelle d'une instance juridictionnelle – sans exiger de cette dernière une certaine «qualité» – avait suffi aux organes de Strasbourg pour conclure à l'incorporation du contrôle¹¹⁵⁰. TRECHSEL reconnaît qu'un tel danger est demeuré jusqu'à présent virtuel¹¹⁵¹. La Cour a toujours voué une attention particulière à la nature de l'organe décisionnel avant de conclure à la présence, ou à l'absence, de l'incorporation du contrôle. Elle s'est penchée sur les particularités de chaque cas et a souligné, à plusieurs reprises, que «l'étendue de l'obligation que l'article 5 alinéa 4 impose aux Etats contractants n'est pas forcément identique en toute circonstance, ni pour chaque privation de liberté»¹¹⁵². Cela nonobstant, pour TRECHSEL, le risque potentiel suffit pour défendre l'abandon de l'exception du «contrôle incorporé» au profit d'autres critères plus pragmatiques et proches du cas examiné, notamment la durée de la détention¹¹⁵³ ou le but recherché par le requérant par le dépôt de son recours¹¹⁵⁴.

Toujours selon TRECHSEL, l'exception du «contrôle incorporé» complique également le *cursum* procédural¹¹⁵⁵. Ceci est particulièrement vrai dans le cas où l'autorité judiciaire qui a statué n'a pas respecté les droits procéduraux. Dans un premier temps, il est en effet nécessaire d'examiner si la décision initiale émane d'un tribunal et si celui-ci a assuré les garanties formelles fondamentales¹¹⁵⁶. Pour ce faire, il faut considérer la nature particulière des

¹¹⁵⁰ TRECHSEL (4), p. 529.

¹¹⁵¹ L'auteur cite de nombreux exemples, TRECHSEL (5), pp. 320-322.

¹¹⁵² CourEDH, X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 52 ainsi que *mutatis mutandis* CourEDH, affaire De Wilde Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 78.

¹¹⁵³ Dans l'arrêt Wassink c'est justement la courte durée de la détention (seulement trois semaines) qui a été le critère déterminant pour convaincre la Cour que le Président du Tribunal d'arrondissement avait la qualité d'un «tribunal» au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH et que le contrôle de la détention était incorporé dans la décision initiale, CourEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, arrêt du 27 septembre 1990, §§ 32-33. Même ainsi, le résultat peut se révéler aléatoire car la Commission était parvenue à la conclusion diamétralement opposée en considérant que la libération du requérant était intervenue après un délai trop long et que, partant, une révision au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH s'imposait, CommEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, avis du 12 juillet 1989, § 54.

¹¹⁵⁴ Dans une décision sur le recevabilité de la Commission – assez ancienne par ailleurs –, cette dernière avait déclaré la requête manifestement mal fondée car «les prétentions [...] de la requérante ne vis[ai]ent pas dans leur essence à contester la légalité de sa détention, mais à solliciter une mesure de clémence portant sur la peine», CommEDH, req. 9089/80, affaire X c. Royaume-Uni, DR 24, p. 231.

¹¹⁵⁵ «[...] The doctrine (of incorporation) calls for a complicated double examination – first as to the initial decision, then if that was not satisfactory, as to further remedies [...]», TRECHSEL (5), p. 322.

¹¹⁵⁶ Sur l'étendue des ces garanties ainsi que sur la notion de «tribunal», infra, III^e Partie, section A, sous-section d) ainsi que CommEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, avis du 12 juillet 1989, § 48 et CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 61. A l'origine, la jurisprudence de la Convention privilégiait l'aspect organique de la notion de «tribunal» – l'autorité appelée à statuer devait avoir un caractère judiciaire, c'est à dire être indépendante du pouvoir

circonstances d'espèce, puisque les droits procéduraux garantis doivent être adaptés au genre de privation de liberté en cause. Si le tribunal n'a pas assuré ce «noyau dur procédural», la décision adoptée ne garantit pas le niveau de protection du droit à la liberté exigé par la Convention et le contrôle requis par l'art. 5 al. 4 CEDH n'est pas incorporé. Il conviendra alors d'examiner si d'autres possibilités – notamment une voie de recours conforme cette fois-ci aux exigences conventionnelles – ne s'ouvrent au destinataire de la décision¹¹⁵⁷. Dans l'hypothèse contraire, il n'y aura pas eu de contrôle juridictionnel de la légalité d'une détention au sens de la Convention et, partant, celle-ci aura été violée¹¹⁵⁸. Ce double examen s'avère être particulièrement fastidieux.

TRECHSEL n'est pas le seul à regarder d'un œil critique l'exception du «contrôle incorporé». WACHENFELD en fait de même, bien que ses arguments soient à notre avis moins percutants. Cet auteur prend surtout appui sur la jurisprudence *Wassink c. Pays-Bas*¹¹⁵⁹.

Dans cette affaire, le requérant se plaignait de la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH, parce que, lors de la procédure d'internement, il n'avait pas eu la possibilité de se déterminer sur les informations qui avaient permis au Président du Tribunal d'arrondissement de prononcer l'internement. Il soutenait ainsi que le contrôle juridictionnel n'était pas incorporé à la décision initiale, puisque son droit d'être entendu, règle procédurale fondamentale, n'avait pas été respecté, et qu'il n'avait pas pu saisir une deuxième instance judiciaire pour remédier à ce manquement¹¹⁶⁰. La Cour a conclu à l'incorporation de

exécutif comme des parties en cause – sans formuler aucune exigence quant à la «qualité» de la procédure à suivre, CourEDH, affaire *Matznetter c. Autriche*, arrêt du 10 novembre 1969, § 13; CourEDH, affaire *Neumeister c. Autriche*, arrêt du 27 juin 1968, § 24 ainsi que *VELU/ERGEC*, p. 302 et *VELU*, p. 1295 ainsi que la conférence du Juge Franz MATSCHER, *La notion du tribunal et les notions avoisinantes dans la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Genève, Faculté de droit, 6 février 1996.

¹¹⁵⁷ CourEDH, *Varbanov c. Bulgarie*, arrêt du 5 octobre 2000, § 58; CourEDH, *Jecius Juozas c. Lituanie*, arrêt du 31 juillet 2000, §§ 100-101; ainsi que CourEDH, affaire de *Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, § 76.

¹¹⁵⁸ Dans l'affaire *Varbanov c. Bulgarie*, par exemple, la détention avait été ordonnée par un Procureur de district qui ensuite était devenu partie à la procédure dirigée contre le requérant. La loi ne prévoyait pas de moyen de droit, la décision du Procureur était susceptible d'appel seulement auprès des procureurs d'un grade supérieur. Partant, la Cour a conclu à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH, CourEDH, *Varbanov c. Bulgarie*, arrêt du 5 octobre 2000, § 59-61.

¹¹⁵⁹ CourEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990.

¹¹⁶⁰ Le requérant, rappelons-le, avait été interné par le Président du Tribunal d'arrondissement sans que la personne de confiance de ce dernier n'ait pu commenter les déclarations de deux médecins et de son épouse recueillies par le téléphone. La Cour et la Commission avaient conclu à la violation de l'art. 5 al. 1 CEDH du fait de l'absence du Greffier lors de l'audition devant le Président du tribunal, CommEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, avis du 12 juillet 1989, § 42 et CourEDH affaire *Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990, § 27, et pour un commentaire, supra, II^e Partie section C, sous-section b), par. 1, iii).

la vérification juridictionnelle de la détention dans la décision initiale, puisqu'en l'espèce, il s'agissait d'une procédure d'urgence dont les effets étaient limités dans le temps¹¹⁶¹.

WACHENFELD critique cette conclusion. La violation de l'art. 5 al. 1 CEDH, faute du respect des voies légales internes, avait été constatée. Dès lors, la Cour, pour ne pas tomber en contradiction, aurait dû conclure également à l'absence du contrôle incorporé. Conscient de la portée autonome de l'art. 5 al. 4 CEDH, l'auteur doute néanmoins qu'il soit possible d'affirmer, d'une part, que le tribunal a violé le droit interne, et, d'autre part, que le contrôle judiciaire reste incorporé dans la décision initiale. Cette situation, qualifiée par WACHENFELD de «*conceptual trap*»¹¹⁶², découlerait de la coexistence indésirable de l'exception du «contrôle incorporé» – focalisée sur la notion de «tribunal» et le respect des règles «essentielles» procédurales – et des exigences de l'al. 1 et de l'al. 4 de l'art. 5 CEDH dans la même procédure¹¹⁶³.

La solution adoptée par la Commission ne satisfait pas non plus WACHENFELD¹¹⁶⁴. Rappelons que, contrairement à la Cour, la Commission avait jugé que la vérification juridictionnelle n'était pas incorporée dans la décision initiale et que le requérant aurait dû bénéficier d'une possibilité de révision au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH parce que la consultation de l'intéressé par téléphone comportait des risques considérables du point de vue du respect des droits procéduraux fondamentaux du malade mental¹¹⁶⁵.

WACHENFELD s'interroge également sur l'efficacité de cette possibilité de révision qui s'offre au requérant, surtout si celle-ci est diligentée par le même organe. L'auteur doute en effet que l'autorité ayant pris la décision initiale puisse être apte à redresser la situation par la suite¹¹⁶⁶. Il est en effet «contradictoire» pour un même organe d'être à la fois l'autorité décisionnelle et de révision. Le patient pourrait même douter du respect effectif de ses droits¹¹⁶⁷.

¹¹⁶¹ CourEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, arrêt du 27 septembre 1990, §§ 33-34.

¹¹⁶² WACHENFELD, p. 170.

¹¹⁶³ *Ibid.*, pp. 170-171.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

¹¹⁶⁵ CommEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, avis du 12 juillet 1989, §§ 51-54. La Commission dénonçait le risque réel que, dans ce genre de procédures, certains éléments des entretiens téléphoniques, qui ne soient pas intégralement enregistrés, influencent la décision du Président.

¹¹⁶⁶ «How can the same body be both inappropriate then itself provide the correction for impropriety at the same time?», WACHENFELD, p. 170.

¹¹⁶⁷ WACHENFELD se réfère ici à la «dimension subjective» de la justice représentée par le fameux adage «*justice must not only be done, it must also be seen to be done*». Selon cet auteur, de l'affaire Wassink c. Pays-Bas, il est possible de retenir qu'un seul enseignement: «if at first you do not succeed try again», *ibid.*, pp. 170-171.

Nous ne comprenons, ni ne partageons les critiques de WACHENFELD. Si le même organe venait à se prononcer deux fois sur la même cause, l'impartialité nécessaire lui ferait défaut et, partant, la procédure de révision ne serait pas conforme aux exigences conventionnelles. La Convention impose de soumettre à un contrôle toute décision qui ne possède pas la qualité juridictionnelle requise par la jurisprudence. La procédure de révision doit être apte à remédier aux lacunes de la procédure initiale et/ou, de manière générale, satisfaire à l'exigence de la régularité du droit de recours au sens de l'article 5 al. 4 CEDH¹¹⁶⁸. Dans l'affaire *Wassink c. Pays-Bas*¹¹⁶⁹, par ailleurs, d'autres voies de droit étaient ouvertes à l'encontre de l'ordonnance du Président du Tribunal d'arrondissement mais la Cour, ayant conclu à l'incorporation du contrôle, ne les avait pas examinées¹¹⁷⁰.

WACHENFELD semble alors se cantonner aux faits de la cause précitée, alors que la jurisprudence strasbourgeoise exige bel et bien que «si la procédure de l'organe compétent ne les [les garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté] fournit pas, on ne saurait dispenser l'Etat de mettre à disposition de l'intéressé une seconde autorité qui s'entoure, elle, de toutes les garanties d'une procédure judiciaire»¹¹⁷¹. Cette seconde autorité ne peut que très difficilement être la même que celle ayant statué en premier lieu.

Dans la mesure où WACHENFELD critique encore le fait que le contrôle judiciaire puisse néanmoins être incorporé dans la décision initiale alors même que le tribunal a violé le droit interne, il convient de relever ce qui suit.

L'examen du respect des voies légales internes ne doit pas être confondu avec celui du respect des garanties essentielles requises afin qu'un organe puisse être qualifié de tribunal au sens de la Convention. Le premier examen consiste en un contrôle de pure légalité interne, tous droits confondus, tandis que le deuxième se trouve être un contrôle de conventionalité qui se concentre sur des droits fondamentaux, comme le respect du droit d'être entendu. Parfois les deux contrôles peuvent être similaires – tel n'était toutefois pas le cas dans l'affaire *Wassink c. Pays-Bas*, car le droit interne n'exigeait pas que les déclarations faites au juge par téléphone soient lues textuellement au patient ou à son conseil¹¹⁷².

¹¹⁶⁸ CommEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, avis du 12 juillet 1989, § 53.

¹¹⁶⁹ CourEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990.

¹¹⁷⁰ Ibid., § 35. *Contra* la Commission qui considérait ces voies comme inadéquates, CommEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, avis du 12 juillet 1989, § 53.

¹¹⁷¹ CourEDH, affaire *Varbanov c. Bulgarie*, arrêt du 5 octobre 2000, § 58; ainsi que CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, §§ 60-61 et CourEDH, affaire de *Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, § 76.

¹¹⁷² CourEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990, § 36.

Le pouvoir d'examen restreint de la Cour¹¹⁷³ et la marge d'appréciation laissée aux Etats réduisent, il est vrai, le champ de manœuvre de celle-ci. Il s'agit cependant d'une réalité propre à l'ensemble du contrôle de Strasbourg et non pas spécifique à un usage impropre de l'exception du «contrôle incorporé». D'un point de vue pragmatique, à notre sens, l'important réside en ce qu'au moins un des griefs soulevés – la violation de l'al. 1 ou de l'al. 4 de l'art. 5 CEDH – soit admis, d'autant plus si la violation du droit interne ne concerne pas une des règles essentielles de procédure aux yeux des organes de Strasbourg.

Compte tenu de ce qui précède, l'exception du «contrôle incorporé» ne doit pas monter sur le banc des accusés et être montrée du doigt. Elle a le mérite incontesté d'établir un principe général. La critique de TRECHSEL sur la complexité du double examen ainsi que les propos de WACHENFELD ne valent que pour le cas où le tribunal statue sans respecter une procédure «qualifiée». Il s'agit d'un cas d'application du contrôle incorporé qui demeure rare. L'assouplissement de la jurisprudence des organes conventionnels concernant l'application de cette exception vise de surcroît à renforcer la protection de l'individu détenu et doit à notre avis être salué. D'ailleurs, confrontée aux détentions des malades mentaux¹¹⁷⁴, la Cour interprète l'exception du «contrôle incorporé» de manière raisonnable et restrictive, en tenant compte des exigences du droit interne tout en essayant, sur la base des caractéristiques de chaque cas, d'assurer les meilleures garanties possibles.

La consécration du droit au double degré de juridiction, éventuellement limité aux privations de liberté des malades mentaux, pourrait rendre inutile l'exception du «contrôle incorporé».

ii) La double degré de juridiction, un remède?

Selon une jurisprudence constante, l'art. 5 al. 4 CEDH ne confère pas un droit au double degré de juridiction¹¹⁷⁵ et ne fournit pas un droit d'appel contre la

¹¹⁷³ Supra, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 1.

¹¹⁷⁴ Notamment infra, III^e Partie, section A, sous-section b), par. 2, ii).

¹¹⁷⁵ VELU/ERGEC, p. 299 et pp. 517-520. La seule disposition qui prévoit la possibilité de recourir contre une décision juridictionnelle est l'art. 2 du Protocole N° 7 CEDH. Ce dernier indique notamment que «toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation [...]». L'art. 14 al. 5 Pacte II a la même teneur, à ceci près qu'il ne contient aucune exception. L'al. 2 de l'art. 2 du Protocole N° 7 CEDH, au contraire, constate que le droit au double degré de juridiction «peut faire l'objet d'exceptions pour des infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi ou lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction ou a été déclaré coupable et condamné à la suite d'un recours contre son acquittement». Le droit au double degré de juridiction pourrait être invoqué (pour les Etats qui ont ratifié le Protocole) pour les malades mentaux délinquants condamnés sur la base des let. a) et e) de l'al. 1 de l'art. 5 CEDH, notamment si le condamné doit purger une peine répressive de durée déterminée avant d'être interné, supra, II^e Partie, section C, sous-section c), par. 1.

décision ordonnant ou prolongeant la détention si l'organe judiciaire unique a décidé en respectant les garanties procédurales essentielles¹¹⁷⁶.

Cela étant, la garantie du double degré de juridiction constitue une «soupe de sécurité» pour le malade mental. Elle a été codifiée par les Recommandations N° R (83) 2 et 1235 (1994) du Conseil de l'Europe¹¹⁷⁷. La Recommandation N° REC(2004)10 indique, pour sa part, que «il devait être possible de faire appel de la décision du tribunal»¹¹⁷⁸. Les Principes des Nations Unies rappellent que, quel que soit l'organe prenant en premier lieu la décision de placement, un contrôle juridictionnel s'impose¹¹⁷⁹. Le Dix Principes de l'OMS précisent qu'une procédure de révision doit être disponible contre toute décision prise par un juge¹¹⁸⁰.

De surcroît, dans la lignée des textes internationaux, nombreuses sont les législations qui ont compris l'importance de cette garantie et ont investi une autorité juridictionnelle du pouvoir de revoir, de préférence avec libre examen, la légalité d'une mesure de détention ordonnée par un organe judiciaire¹¹⁸¹.

A Genève, par exemple, lorsque l'hospitalisation dans un établissement psychiatrique est ordonnée par le Tribunal tutélaire, cette décision peut être entreprise auprès de la Cour de justice, qui fonctionne comme autorité cantonale de surveillance¹¹⁸². Toujours à Genève, les décisions du Conseil de surveillance psychiatrique – qui peut être qualifié de tribunal au sens de l'art. 5

¹¹⁷⁶ CourEDH, affaire Grauslys c. Lituanie, arrêt du 10 octobre 2000, § 53; CourEDH affaire Jucius Juozas c. Lituanie, arrêt du 31 juillet 2000, §§ 100-101; CommEDH, req. 10448/83, affaire Dhoest c. Belgique, §§ 28-30 ainsi que ATF du 13 juin 1997 [IP.285/1997] en la cause S. S. c. canton de Berne, consid. 2b et renvois.

¹¹⁷⁷ Art. 4 al. 4 de la Recommandation N° R (83) 2. Selon l'Exposé des motifs, § 28, étant donné que les décisions judiciaires concernant le placement d'un patient affectent inévitablement sa liberté individuelle, il est essentiel qu'elles puissent faire l'objet d'un recours devant les juridictions supérieures. L'art. 7 par. i) let. c) de la Recommandation 1235 (1994), indique clairement que la décision de placement d'office, qui doit être prise par un juge, doit pouvoir faire l'objet d'un recours prévu par la loi.

¹¹⁷⁸ Art. 25 al. 7 de la Recommandation N° REC(2004)10. A ce propos, les auteurs du «Livre blanc» relèvent seulement avoir étudié la question de savoir si «un droit d'appel devrait être instauré et, si oui, sous quelle forme» sans pour l'instant y apporter une réponse claire, «Livre blanc», par. 14.

¹¹⁷⁹ Principes 16 al. 2 et 17 al. 2 des Principes des Nations Unies. Le projet DAES faisait référence à un véritable «droit d'appel», art. 23 du projet DAES.

¹¹⁸⁰ Principe 7 des Dix Principes de l'OMS.

¹¹⁸¹ Si un Etat s'est doté du double degré de juridiction, les garanties de l'art. 5 CEDH, en général, et de l'al. 4, en particulier, doivent être respectées aussi bien en appel qu'en première instance; CourEDH, affaire Migon c. Pologne, arrêt du 25 juin 2002, § 67; CourEDH, affaire Navarra c. France, arrêt du 23 novembre 1993, § 28 et CourEDH, affaire Toth c. Autriche, arrêt du 12 décembre 1991, § 84.

¹¹⁸² Art. 37 al. 2 et 3 de la Loi genevoise K 1 25.

al. 4 CEDH ¹¹⁸³ – peuvent également faire l’objet d’un recours auprès de la Cour de justice¹¹⁸⁴.

En Ecosse, la demande d’internement doit être soumise au *Sheriff* du lieu de résidence en suivant une procédure juridictionnelle¹¹⁸⁵. Il est possible d’interjeter appel contre la décision du *Sheriff* auprès de la Commission du bien-être mental, un organisme indépendant de composition mixte ayant un pouvoir de formuler des prescriptions et de décider de la mise en liberté¹¹⁸⁶. En Italie, le Juge des tutelles doit obligatoirement valider la décision d’internement prise par le Maire. La voie de recours auprès du Tribunal de district compétent (*Tribunale competente per territorio*) est ouverte contre cette validation¹¹⁸⁷. En Russie, le placement d’office est décidé devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve l’établissement psychiatrique. Cette décision peut faire l’objet d’un recours¹¹⁸⁸.

L’exception du «contrôle incorporé» n’est pas incompatible avec la garantie du double degré de juridiction; elles coexistent en étant complémentaires. Nous assistons toutefois au lent effacement de la première devant la deuxième. L’exception au droit de toute personne privée de liberté d’obtenir l’examen juridictionnel de sa détention initiale ne concerne de surcroît, et le plus souvent, que les malades délinquants internés après une procédure

¹¹⁸³ Sur cette problématique, infra, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3.

¹¹⁸⁴ Les décisions de la Cour de justice peuvent, le cas échéant, être attaquées devant le Tribunal fédéral par le biais d’un recours en réforme, ATF 118 II 249 consid. 2 et les références. Ceci demeure cependant très rare. Le recours auprès de la Cour de justice contre les décisions du Conseil de surveillance psychiatrique est également rare. WEBER affirme avec élégance que «le fonctionnement éclairé du Conseil de surveillance psychiatrique ravit à son autorité de recours l’éclat d’une jurisprudence cantonale qui demeure essentiellement minimaliste et confirmative. C’est à telle enseigne que le pouvoir judiciaire a pu s’émouvoir un instant de l’inutilité apparente d’une telle voie de recours, que le droit fédéral n’impose d’ailleurs pas, et qu’ignorent onze cantons suisse». A l’appui de cette affirmation, WEBER rappelle que sur soixante-dix-huit recours déposés de 1990 à 1995, deux seulement ont été admis, WEBER, p. 57. Notons encore que le Conseil de surveillance psychiatrique examine périodiquement les cas des personnes hospitalisées sur décision du Tribunal tutélaire et saisit cette autorité dès que l’hospitalisation ne se justifie plus, art. 37 de la Loi genevoise K 1 25. Dans ces cas aussi, les décisions du Conseil de surveillance psychiatrique peuvent être entreprises devant la Cour de justice.

¹¹⁸⁵ Le *Sheriff* décide sur la base de la demande d’admission déposée par l’Inspecteur de la santé mentale du lieu de résidence du malade, ce dernier introduisant la demande suite à la requête d’un médecin et en s’appuyant sur deux certificats médicaux. Le patient, ainsi que des témoins à décharge, peuvent être entendus et l’audience peut même se dérouler à huis clos, art. 19-21 du Mental Health Act (1984) d’Ecosse.

¹¹⁸⁶ La Commission du bien-être mental n’a pas seulement le pouvoir de faire sortir les patients: il s’agit même d’un devoir. Elle peut mener une enquête officielle et siège avec des fonctions similaires à celles d’un tribunal et, à ce titre, peut entendre des témoins assermentés, LOUZON, pp. 91-92, ainsi que infra, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3.

¹¹⁸⁷ Art. 3 et 5 de la Loi italienne N° 180. Le Maire peut également recourir auprès du Tribunal de district si le Juge des tutelles n’a pas validé sa décision de traitement forcé, PIZZI, p. 27.

¹¹⁸⁸ Art. 33 et 35 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie.

judiciaire régulière¹¹⁸⁹. Le double degré de juridiction en matière d'hospitalisation forcée a tendance à se généraliser¹¹⁹⁰.

Comme nous l'avons vu¹¹⁹¹, nous nous dirigeons par ailleurs vers la «juridictionnalisation» des procédures de placement. Quand bien même la première impulsion est donnée par un ou plusieurs médecins et, parfois, est filtrée par une autorité administrative, le juge apparaît désormais comme le noyau décisionnel de l'hospitalisation. Ce juge n'est souvent pas tout seul à siéger. Nous assistons de plus au développement de procédures dans lesquelles autorités médicales, administratives et judiciaires contrôlent, à des moments différents mais proches, la légitimité de l'internement¹¹⁹². La multiplication des contrôles et la diversification des autorités sont souhaitables dans l'optique d'une meilleure protection du malade mental.

À Genève, il existe cinq niveaux de contrôle: le médecin traitant, le Directeur de l'établissement psychiatrique de détention, le Conseil de surveillance psychiatrique, la Cour de justice et, enfin, le Tribunal fédéral. En Ecosse, on en dénombre au moins quatre: deux médecins qui rédigent les certificats médicaux, l'Inspecteur de santé mentale qui doit faire la demande d'admission, le *Sheriff* (Juge d'instance) qui approuve la demande et la Commission du bien-être mental, qui statue en dernier lieu¹¹⁹³. Au Royaume-Uni, la demande d'admission forcée est signée par un travailleur social, appuyée par

¹¹⁸⁹ Supra, II^e Partie, section C, sous-section c), par. 1, ainsi que I^e partie, section D, sous-section b), par 1. L'exception du «contrôle incorporé» doit être critiquée notamment quand son application a pour effet pervers de restreindre le contrôle de la légalité de la détention des récidives pendant la détention ou suite à une réintégration. Dans ces cas, le contrôle de l'art. 5 al. 4 CEDH reste incorporé dans la décision initiale de condamnation aussi longtemps que le lien de causalité entre cette dernière et la détention continue d'exister. Ce lien de causalité suppose notamment que la décision de non élargissement ou de réintégration de la personne récidiviste repose sur des motifs conciliables avec les objectifs du tribunal dont émanait la sentence originaire, CourEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, arrêt du 25 octobre 1995, § 69; CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 49; CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, § 39; VELU/ERGEC, pp. 258-259 ainsi que infra, III^e Partie, section A, sous-section c), par. 2, v).

¹¹⁹⁰ Dans ce sens, Doc. ONU A/58/181, du 24 juillet 2003, point IV, par. 32. Il résulte de ce rapport que dans la plupart des pays, il peut généralement être fait appel devant une instance supérieure des décisions de placement d'office. Dans d'autres, les recours sont introduits devant le tribunal qui les a prononcées mais examinées par un autre juge. Dans quelques cas, le patient placé d'office ou son représentant peut saisir un tribunal ou une commission spécialisés.

¹¹⁹¹ Supra, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 1 et section C, sous-section b), par. 1, ii) et par. 2, i.a).

¹¹⁹² Le Conseil de l'Europe est conscient de l'importance de la collaboration entre autorités médicales judiciaires et administratives, car «le placement étant une mesure médicale mais aussi privative de liberté, il est important que, lorsque la décision est prise par un juge, l'avis médical soit requis et que, lorsque la décision est prise par une autre autorité appropriée (organe administratif après avis médical ou autorité médicale seule), le droit soit reconnu au patient de former un recours en justice contre la décision de cette autorité [...]», Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, § 19.

¹¹⁹³ Art. 19 à 34 du Mental Health Act (1983) d'Ecosse.

les certificats de deux médecins, acceptée le cas échéant par le Directeur de l'hôpital concerné et entreprise éventuellement devant MHRT¹¹⁹⁴. La décision du MHRT est définitive quant aux faits – à savoir la détermination de l'état mental du malade et la nécessité de sa détention – mais la Cour suprême (*High Court of Justice*) peut revoir des points de droit. Enfin, le Conseil supérieur des tribunaux (*Council on Tribunals*) peut être saisi des griefs formulés à l'encontre du MHRT et/ou de ses procédures d'enquête¹¹⁹⁵.

En Italie, c'est le Maire qui, en sa qualité d'autorité sanitaire locale, décide de l'hospitalisation. Sa décision se fonde sur deux certificats médicaux et doit être validée dans les sept jours par le Juge des tutelles. Le patient peut encore recourir auprès du Tribunal de district¹¹⁹⁶. En Autriche, ce sont tout d'abord le médecin de service de santé mentale et le médecin de la police qui décident avec le Chef de service de l'établissement psychiatrique. Ce dernier doit signaler le placement immédiatement au Tribunal, qui se prononce sur son admissibilité. La décision du Tribunal peut être entreprise en deuxième instance par le patient et le Chef de service¹¹⁹⁷.

Pour résumer, malgré les critiques à son encontre, l'exception du «contrôle incorporé» a désormais fait ses preuves et doit être considérée comme établie¹¹⁹⁸. Le malade mental placé d'office n'en est pas pour autant restreint dans son droit de bénéficier pleinement et efficacement du contrôle juridictionnel. Selon les législations, ce droit ne comporte pas seulement la saisine d'une juridiction, mais également celle d'une deuxième, voire d'une troisième instance. En cas de détention administrative, la décision initiale pourra en effet être contrôlée au minimum trois fois: tout d'abord auprès de l'organe administratif, puis de la première juridiction et, enfin, de la deuxième si le droit interne – ce qui est de plus en plus le cas – garantit le double degré de juridiction. Une telle procédure présente sans aucun doute l'avantage de réduire, à tout le moins en théorie, le risque de détention arbitraire. Elle a néanmoins le désavantage d'alourdir le *cursus* procédural et de prolonger la détention dans l'attente d'une décision définitive. Une certaine célérité dans la prise de décision devrait dès lors être garantie. A cette surveillance juridictionnelle, effectuée au début de la procédure d'hospitalisation forcée, s'ajoute le droit, pour le patient, d'exiger un contrôle judiciaire périodique de la légalité et de la régularité de sa détention, ce dont nous allons traiter dans la section qui suit.

¹¹⁹⁴ Art. 3 à 12 du Mental Health Act (1984) du Royaume-Uni.

¹¹⁹⁵ Pour en savoir plus GOSTIN/RASSABY/BUCHAN; ainsi que LOUZON, pp. 36-40 et DOURAKI (1), p. 290.

¹¹⁹⁶ Art. 3-5 de la Loi italienne N°180.

¹¹⁹⁷ Art. 8, 17, 18, 28 et 29 de la Loi fédérale autrichienne N° 155 du 1 mars 1990.

¹¹⁹⁸ Notamment, CourEDH, affaire Varbanov c. Bulgarie, arrêt du 5 octobre 2000, § 58.

2) Le contrôle périodique de l'hospitalisation

Le droit de recours garanti par l'al. 4 de l'art. 5 CEDH est un «droit relatif parce qu'étroitement dépendant de la qualité de l'organe à l'origine de la mesure privative de liberté, ainsi que du déroulement et de la durée de la privation de liberté»¹¹⁹⁹. Sa portée, comme son importance, n'en résultent pas pour autant amoindries.

L'exception du «contrôle incorporé» peut priver le malade mental du droit de recourir contre la décision initiale d'hospitalisation. Cette privation n'est toutefois que temporaire. L'absence de recours judiciaire tout au long de la détention n'est pas concevable. Un droit de recours peut et doit être reconnu pendant l'hospitalisation dans la mesure où des questions nouvelles de légalité et/ou de régularité, qui surgiraient après coup, ne sont pas immunisées par le contrôle incorporé initial¹²⁰⁰.

Ce droit de recours peut s'exercer d'office à l'échéance d'une période déterminée ou sur requête du malade mental et/ou d'autres personnes intéressées. Quelle que soit sa forme, le droit au contrôle périodique du placement forcé se justifie par la nature évolutive de l'état psychique du patient¹²⁰¹. Aujourd'hui ce droit peut être considéré comme acquis (i). Il n'en va pas toujours de même pour les malades mentaux délinquants, particulièrement pour les récidivistes/délinquants d'habitude dangereux et détenus pour une durée indéterminée (v). Les modalités d'exercice du droit au contrôle juridictionnel varient néanmoins si le placement est ordonné pour une durée limitée (ii) ou illimitée (iii). Dans les deux cas, toutefois, le malade mental conserve le droit de requérir sa libération à intervalles raisonnables (iv).

i) *Le principe*

Toute personne internée dans un établissement psychiatrique a le droit de faire examiner par un tribunal, à intervalles raisonnables, la «légalité» de sa détention, car les motifs qui justifiaient le placement à l'origine peuvent cesser d'exister¹²⁰². Ce droit est garanti sans égard au fait que

¹¹⁹⁹ KOERING-JOULIN (1), pp. 231-232.

¹²⁰⁰ VELU/ERGEC, pp. 300-301; CourEDH affaire Weeks c. Royaume Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 56; CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, § 50; CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, § 31 et CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 55.

¹²⁰¹ MACOVEI, p. 63.

¹²⁰² CourEDH, affaire Mouisel c. France, arrêt du 14 novembre 2002, § 43 et CourEDH, affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002, § 40.

l'internement «ait été prescrit par une juridiction civile ou pénale ou par une autre autorité»¹²⁰³.

Dans un premier temps, les organes de Strasbourg ne reconnaissaient le droit au contrôle périodique de la détention que s'il était prévu par la législation interne¹²⁰⁴. Il a fallu attendre la jurisprudence *Winterwerp c. Pays-Bas*¹²⁰⁵ pour que ce droit soit consacré au rang de prérogative fondamentale pour tout malade mental hospitalisé en raison de troubles psychiques. Les principes dégagés à cette occasion ont été repris depuis. Une personne souffrant d'un trouble mental établi de manière probante ne peut être détenue qu'aussi longtemps que ce trouble persiste¹²⁰⁶. Les motifs ayant justifié l'internement, à savoir la gravité de l'atteinte psychique, peuvent, en effet, cesser d'exister. Le but et l'objet de l'art. 5 CEDH serait ainsi méconnu si son al. 4 était interprété comme exemptant la détention de tout contrôle ultérieur de la légalité lorsqu'un tribunal a pris la décision initiale¹²⁰⁷. Partant, un malade mental détenu dans un établissement psychiatrique pour une durée illimitée ou prolongée a, en principe, le droit d'introduire à intervalles raisonnables un recours devant un organe judiciaire pour contester la légalité de son internement¹²⁰⁸. La limitation de la durée de l'hospitalisation et le contrôle périodique visent à éviter qu'un placement involontaire ne devienne arbitraire, alors que l'état mental de l'intéressé a évolué et pourrait ne plus le justifier.

Sur l'impulsion de la jurisprudence *Winterwerp c. Pays-Bas*, la codification du droit du malade mental de demander le contrôle périodique de la régularité de sa détention s'est généralisée. Les textes internationaux se ressemblent à cet égard, du moins dans leurs grandes lignes.

Que ce soit au sein du Conseil de l'Europe ou des Nations Unies, ce droit est présenté comme celui de tout patient à ce que la nécessité de son place-

¹²⁰³ CourEDH, affaire *Iribarne Perez c. France*, arrêt du 24 octobre 1994, § 30 et CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981, § 51.

¹²⁰⁴ CommEDH, req. 3151/67, *X c. République Fédérale d'Allemagne*, Rec. 27, p. 128; CommEDH, req. 4625/70, *X c. Belgique*, Rec. 40, p. 21 et CommEDH, req. 6692/74, *X c. Belgique*, DR 2, p. 108, dans lequel, toutefois, se profile un début de contrôle de conventionalité.

¹²⁰⁵ CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, § 39 ainsi que supra, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 2 et les références citées.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, § 55 ainsi que CommEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, avis du 15 décembre 1977, § 98. Quelques années auparavant, la Commission avait déjà préparé la voie à la jurisprudence *Winterwerp* précitée lors d'une décision ayant trait à la recevabilité d'une requête concernant la Belgique. Elle avait notamment décidé qu'«il appartient au tribunal visé par l'article 5 alinéa 4 de vérifier si les conditions prévues par la loi, un état mental déficient, sont encore réunies et justifient la prolongation de cet internement ou exigent au contraire une mise en liberté», CommEDH, req. 6859/74, *X c. Belgique*, DR 3, p. 139.

¹²⁰⁸ Egalement, CourEDH affaire *Iribarne Perez c. France*, arrêt du 24 octobre 1994, § 30 et CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981, § 52.

ment soit examiné par une autorité judiciaire à intervalles raisonnables¹²⁰⁹. Si le patient ne demande pas lui-même la révision de la légalité de son placement, celle-ci doit avoir lieu *ex officio* à intervalles réguliers¹²¹⁰. Les Principes des Nations Unies appellent de leurs vœux un contrôle périodique automatique à intervalles raisonnables fixés par la loi sans pour autant que le droit autonome de tout malade mental de demander sa mise en liberté ne soit restreint¹²¹¹. Il en va de même des Dix Principes de l'OMS¹²¹². La Recommandation 1235(1994) rappelle de manière similaire qu'«une révision périodique et automatique de la nécessité du placement doit être prévue»¹²¹³. Pour les auteurs de la Recommandation N° R (83) 2, l'autorité ayant pris la décision de placement doit en examiner périodiquement la nécessité dans tous les cas où une durée limitée ne figure pas dans la décision initiale ou dans la loi¹²¹⁴. Ce texte est le seul à faire référence à la durée du placement¹²¹⁵. Il est à cet égard fort regrettable que la jurisprudence relative à l'art. 5 al. 4 CEDH n'impose pas l'instauration de procédures de contrôle juridictionnel automatique. Le patient psychiatrique n'est en effet pas toujours conscient de ses droits et, quand il les connaît, il a parfois des difficultés à s'en prévaloir, d'où l'importance de prévoir une révision d'office¹²¹⁶. La Recommandation N° REC(2004)10 comble en partie cette lacune puisqu'elle prévoit que l'autorité responsable du placement «doit veiller à ce qu'il soit vérifié à intervalles raisonnables et réguliers que la mesure continue d'être légale»¹²¹⁷.

¹²⁰⁹ Notamment art. 8 de la Recommandation N° R (83) 2. Il est intéressant de relever que, dans cette Recommandation, le contrôle périodique de l'hospitalisation est garanti à l'article traitant de la fin du placement (art. 8) et non à l'article relatif au recours juridictionnel (art. 4). La systématique choisie démontre que le respect du contrôle périodique est la première condition pour libérer le patient dès que ce contrôle est effectivement possible, son droit à la liberté et à la sûreté étant ainsi respecté.

¹²¹⁰ Art. 7 par. i) let. b) de la Recommandation 1235 (1994) ainsi que «Livre Blanc», par. 14.

¹²¹¹ Principe 17 des Principes des Nations Unies. Le Projet DAES proposait que «la révision judiciaire périodique du cas du patient» soit garantie dans les textes nationaux de rang constitutionnel, art. 22 al. 1 du Projet DAES. Une telle proposition, même si elle n'a pas été suivie, souligne à tout le moins l'importance de cette garantie pour une protection efficace du malade.

¹²¹² Les principes 7 et 8 des Dix Principes de l'OMS.

¹²¹³ Principe 7 par. i) let. b) de la Recommandation 1235(1994).

¹²¹⁴ Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, §§ 38-42.

¹²¹⁵ Le principe 17 des Principes des Nations Unies, notamment, n'en parle pas. A cet égard, il convient de relever que DAES, questionnée sur la durée optimale de l'internement raisonnable d'un malade mental, répondait tout simplement que cette durée «dépend[ait] entièrement de l'évolution de la maladie du patient et de la réduction ou non du danger que le patient représente pour sa vie et sa sécurité propres et pour celles d'autrui. Seules les autorités médicales sont [étaient] en mesure de juger ces éléments», Projet DAES, p. 25. Il s'agit là d'un véritable blanc-seing octroyé aux psychiatres, qui ne peut être contrebalancé que par une procédure de révision efficace et rapide.

¹²¹⁶ Sur cette problématique, infra, III^e Partie, section B.

¹²¹⁷ Art. 25 al. 2 de la Recommandation N° REC(2004)10.

Les textes nationaux apparaissent homogènes en ce qui concerne le principe mais hétérogènes s'agissant de sa concrétisation¹²¹⁸. Le droit de contrôle périodique est acquis. Son ampleur est toutefois directement proportionnelle à la durée du placement, d'où la nécessité de distinguer selon que cette durée est limitée ou non.

ii) *Le placement de durée limitée*

Le binôme, droit de recours et durée de la détention, trouve ses premières racines dans la Recommandation N° R (83) 2 selon laquelle «le placement doit être d'une durée limitée ou, *tout au moins* [c'est nous qui soulignons], sa nécessité doit être réexaminée périodiquement»¹²¹⁹.

Aujourd'hui, l'hospitalisation de durée illimitée a disparu de la plupart des législations nationales¹²²⁰. Il s'agit d'un progrès formidable puisque, il n'y a pas longtemps, seul le placement pour une durée indéterminée était jugé comme approprié. Le motif était que «dans le cas d'aliénation mentale, il est le plus souvent impossible de déterminer d'avance le temps pendant lequel la collocation sera nécessaire»¹²²¹.

Toutefois, en son temps déjà, la Recommandation 818 (1977) invitait les Etats membres du Conseil de l'Europe à réduire au minimum la pratique consistant à faire interner un patient de force pour «une période indéterminée»¹²²². A l'heure actuelle, le placement de durée illimitée est désormais cantonné, à tout le moins dans les textes internationaux, au rang d'exception rarissime¹²²³.

¹²¹⁸ En principe, il incombe au juge en sa qualité d'instance indépendante et impartiale de procéder au réexamen automatique de la situation du malade. Dans certains pays, les décisions de placement sont contrôlées par les autorités médicales de l'établissement sans l'intervention d'une instance indépendante. Aux Fidji, ce devoir revient au Médecin-chef et au Ministère de la santé. Au Guatemala, l'examen est effectué par la «Direction exécutive» de l'Hôpital national de santé mentale. Au Rwanda, c'est le conseil de famille qui examine la décision de placement, Doc. ONU, A/58/181, du 24 juillet 2003, point IV, par. 33.

¹²¹⁹ Art. 8 al. 1 de la Recommandation N° R (83) 2.

¹²²⁰ L'art. 24 al. 1 du Projet DAES indiquait à cet égard que la loi interne devait «en tout cas» prévoir la durée maximale admissible du placement et du traitement d'office ordonné en raison du danger pour soi-même, du danger pour autrui et de la protection de la collectivité. Cette disposition n'a malheureusement pas été reprise dans la version définitive des Principes des Nations Unies.

¹²²¹ Opinion individuelle de WELTER, CommEDH, affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, avis du 19 juillet 1969.

¹²²² Art. 13 de la Recommandation 818 (1977).

¹²²³ Voir, notamment, le principe 16 al. 2 des Principes des Nations Unies qui prévoit que la mesure de placement ou de maintien en détention doit être prise «initialement» pour une brève période par la législation nationale aux fins d'observation et de traitement préliminaire. Le Projet DAES indiquait que la loi devait «en tout cas prévoir la durée admissible du placement et du traitement d'office», art. 24 al. 1^{er} du Projet DAES.

La protection du malade mental commande que le «placement soit décidé pour un période fixe» avec, bien évidemment, la possibilité de le prolonger¹²²⁴. La Recommandation N° REC(2004)10 exhorte les législateurs nationaux dans ce sens puisqu'elle prévoit que toute décision de soumettre une personne à un placement involontaire doit indiquer la période maximale au-delà de laquelle elle doit être officiellement réexaminée¹²²⁵.

Dans cette optique, la tendance législative nationale s'oriente vers une généralisation des «placements pour observation», préalables à toute décision définitive. Ces placements marquent le début de la procédure d'hospitalisation forcée et sont décidés à la demande d'un ou plusieurs médecins, d'un parent du patient, du représentant légal de ce dernier ou d'une autorité¹²²⁶. Ainsi que nous l'avons vu¹²²⁷, leur caractéristique principale réside dans leurs durées relativement brèves, comprises entre vingt-quatre heures et deux mois. De surcroît, ils ne peuvent être renouvelés; une fois la durée maximale prévue échu, le patient doit être, soit libéré, soit interné selon la procédure ordinaire. Dans ce cadre, le droit au recours juridictionnel trouve toute son utilité. Le contrôle automatique aura lieu à la fin de la période fixée et, en cas de placement ordonné par une autorité administrative, ce contrôle pourra également être effectué sur requête du patient. Ceci dans un laps de temps très court.

En lieu et place – ou parfois en complément – du placement en vue d'observation, d'autres législations nationales instituent des périodes de détention à échéance très brève, mais renouvelable, pour des périodes de plus en plus longues. A chaque échéance, il est procédé bien entendu à un contrôle juridictionnel et/ou administratif de la légitimité de l'internement.

En France, par exemple, à l'issue du premier mois, l'hospitalisation d'office peut être renouvelée par le Préfet pour une nouvelle durée de trois mois. Au delà de cette durée, l'hospitalisation peut être maintenue pour des périodes de six mois maximum, renouvelables¹²²⁸. Faute de décision préfectorale, le malade mental est présumé guéri et l'hospitalisation prend fin¹²²⁹. Le patient est également examiné chaque mois par un psychiatre de l'établissement, qui

¹²²⁴ Exposé des motifs sur la Recommandation R (83) 2, §§ 38-42.

¹²²⁵ Art. 20 al. 3 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, § 155.

¹²²⁶ D'après TABONE et VOOGD, ces changements s'expliquent peut-être par le crédit croissant que l'on donne au principe selon lequel les moyens de recours, les procédures de contrôle et les méthodes de libération constituent pour la liberté individuelle des protections aussi efficaces qu'une décision judiciaire préalable à l'hospitalisation, tout en étant beaucoup moins préjudiciables pour le patient sur la plan médical et social, Rapport sur la situation des malades mentaux, Conseil de l'Europe, Doc. 4014, p. 15.

¹²²⁷ Supra, II^e Partie, section C, sous-section c), par. 4.

¹²²⁸ Art. L.345 de la Loi française N° 90-257 du 27 juin 1990.

¹²²⁹ Art. L.345, *ibid.*

établit un certificat médical infirmant ou confirmant la nécessité de la mesure et précisant les caractéristiques de l'évolution ou de la disparition des troubles¹²³⁰. Ce contrôle ne constitue pas un contrôle périodique juridictionnel de la détention à proprement parler puisqu'il est exercé par un psychiatre, qui de plus est employé par l'institution prodiguant les soins. Chaque certificat médical est néanmoins transmis au Préfet et à la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques (ci-après la Commission). Cette Commission peut ordonner la sortie immédiate¹²³¹ ou demander au Préfet de prononcer cette mesure; le Préfet a, lui, le pouvoir de mettre fin à l'hospitalisation à tout moment après avoir recueilli l'avis d'un psychiatre¹²³². Il existe ainsi deux procédures de contrôle périodique complémentaires qui ont toutefois lieu à intervalles différents. La première, moins formelle, prévoit un contrôle tous les mois alors que la seconde implique un contrôle au bout de trois mois et, puis, tous les six mois. En sus de ces contrôles administratifs automatiques, le droit pour le malade mental de demander à tout moment un contrôle juridictionnel de sa détention auprès du Tribunal de grande instance demeure intact. Ce dernier peut même se saisir d'office¹²³³. Toujours en France et si l'hospitalisation a lieu à la demande d'un tiers, elle peut être maintenue, à l'issue d'une période initiale de quinze jours, pour une durée maximale d'un mois et ne peut être renouvelée au-delà que pour des périodes n'excédant pas un mois¹²³⁴. Cette durée plus brève que pour la procédure d'hospitalisation d'office «ordinaire» a été décidée par le législateur peut-être en raison du danger intrinsèque d'arbitraire propre à toute hospitalisation opérée suite à la demande de l'entourage du malade mental¹²³⁵. En Tunisie, la réglementation est fort semblable à celle prévalant en France, les délais étant toutefois plus longs. La décision d'hospitalisation d'office est prise au maximum pour une durée de trois mois et peut être renouvelée pour une même durée, après avis motivé du médecin psychiatre de l'établissement, autant de fois que cela s'avère nécessaire. En l'absence d'une décision à l'échéance d'une de ces périodes, la levée de l'hospitalisation d'office est acquise de plein droit¹²³⁶.

En Autriche, le premier placement peut être décidé pour une durée maximale de trois mois. S'il n'est pas interrompu avant son échéance, le tribunal doit se prononcer à nouveau sur son admissibilité. Son maintien ne

¹²³⁰ Art. L.344 et L.345, *ibid.*

¹²³¹ Art. L.323-3 et L.323-4, *ibid.*

¹²³² Art. L.345, *ibid.*

¹²³³ Art. L.451 al. 1 et 3, *ibid.*

¹²³⁴ Art. L.337, *ibid.*

¹²³⁵ *Supra*, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 2.

¹²³⁶ Art. 26 de la Loi de Tunisie N° 92-83 du 3 août 1992.

pourra cependant être ordonné que pour une durée de six mois, puis pour une durée d'une année. L'interruption du placement avant le délai fixé peut intervenir à tout moment à la demande du patient ou à l'initiative du tribunal¹²³⁷. En Israël, la première période d'hospitalisation ne doit pas dépasser sept jours, une reconduction pour sept jours supplémentaires étant toutefois possible. Ensuite, le Comité du Tribunal de santé mentale peut prolonger la première période d'hospitalisation d'une période additionnelle n'excédant pas trois mois. Pour des raisons notamment thérapeutiques – certains traitements nécessitant un suivi plus long – le même Comité peut prolonger la période d'hospitalisation pour des périodes complémentaires, dont chacune ne doit pas dépasser six mois. Dans ce cas, toutefois, le patient, ses proches ou son tuteur peuvent, à l'expiration des trois mois, solliciter une nouvelle décision¹²³⁸.

En Italie, la première période de traitement sanitaire en milieu hospitalier ne peut durer plus que sept jours. Ensuite, le psychiatre responsable du service traitant doit soumettre en temps utile une recommandation motivée au Maire ayant décidé de l'hospitalisation. Ce dernier informe le Juge des tutelles en indiquant la durée complémentaire présumée du traitement. Le patient, de même que toute personne intéressée, conservent en tout temps le droit de requérir du Maire la révocation de la mesure et d'interjeter appel auprès du Tribunal de district¹²³⁹. En Russie, tout malade placé d'office a le droit d'être examiné une fois par mois au cours des six premiers mois par la Commission de psychiatrie de l'établissement psychiatrique. En cas de prolongation du placement pour une durée supérieure à six mois, il doit être procédé à ce contrôle au moins une fois tous les six mois. Quant au juge, il n'intervient qu'après les premiers six mois de détention, puis chaque année¹²⁴⁰.

D'autres législations instituent des périodes d'hospitalisation initiales dont la durée moyenne, à tout le moins dans les textes, est comprise entre six mois et une année. Aux Pays-Bas, par exemple, la première période de placement peut être ordonnée pour une durée maximale de six mois, qui peut être prolongée d'une année, voire de cinq ans, s'il est probable que les conditions

¹²³⁷ Art. 26, 30 et 31 de la Loi fédérale d'Autriche N° 155 du 1 mars 1990. Il convient de relever qu'en Autriche, même le placement volontaire est limité dans le temps; il ne peut excéder six semaines ou, si la demande est renouvelée, dix semaines (art. 7).

¹²³⁸ Art. 10 de la Loi d'Israël 5751 de 1991. L'art. 24 de la Loi polonaise du 19 septembre 1994 prévoit la même limite temporelle.

¹²³⁹ Art. 3 à 6 de la Loi italienne N° 180, ainsi que LOUZON, pp. 134-135 et 141-142.

¹²⁴⁰ Art. 36 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie. Sous l'empire de l'ancien régime, la décision de poursuivre le traitement était prise tous les six mois, sauf pour les malades placés d'urgence qui étaient examinés au moins une fois par mois, art. 21 du Décret N° 8282-XI du 5 janvier 1988.

justifiant le placement continuent d'être remplies, puis pour une période de deux ans¹²⁴¹. En Ecosse comme au Royaume-Uni et aux Pays de Galles, l'admission à l'hôpital pour traitement, qui dure initialement six mois, peut être renouvelée une première fois pour six mois et, ensuite, d'année en année¹²⁴². En Belgique, au terme de la période d'observation, le Juge de paix fixe la durée du maintien en placement, qui cependant ne peut dépasser deux ans et peut être renouvelé également pour deux ans¹²⁴³.

Comme nous l'avons déjà relevé, l'avantage d'ordonner des périodes de placement limitées dans le temps réside dans le contrôle juridictionnel – ou parfois administratif – qui s'exerce de manière automatique à l'échéance de la période autorisée. Ainsi, le respect de la Convention, à tout le moins formellement, est pleinement garanti.

Si le malade mental est placé pour une durée illimitée, l'exercice de son droit de recours sera plus complexe.

iii) Le placement de durée illimitée

Dans le cas où le placement est ordonné pour une durée illimitée, notamment en Suisse¹²⁴⁴, en Inde¹²⁴⁵ et au Danemark¹²⁴⁶, le patient doit pouvoir, à intervalles raisonnables, exiger le contrôle de la régularité de celui-ci.

En Suisse, le droit fédéral ne prévoit pas de durée limitée ni de contrôle périodique automatique; les cantons n'en demeurent pas moins libres à cet égard¹²⁴⁷. A Genève, la loi ne prévoit pas de périodes d'hospitalisation fixes. Le Conseil de surveillance psychiatrique inspecte toutefois *in corpore* au moins une fois par an les établissements psychiatriques et peut rendre visite aux personnes qui lui ont été signalées¹²⁴⁸. Pour les malades hospitalisés à la suite d'une décision du Tribunal tutélaire¹²⁴⁹, non seulement le Conseil

¹²⁴¹ Art. 2 à 19 de la Loi des Pays-Bas de 1992.

¹²⁴² Pour un aperçu, LOUZON, pp. 24-25 et 74 ainsi que DOURAKI (1), pp. 279-290.

¹²⁴³ Art. 13 et 14 de la Loi belge du 26 juin 1990.

¹²⁴⁴ Art. 397a et ss CCS

¹²⁴⁵ Art. 20-22 et 40-44 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

¹²⁴⁶ LEGEMAATE (2), p. 26.

¹²⁴⁷ ATF 127 III 385 consid. 2; ATF du 1^{er} novembre 2004 [5C.171/2004] en la cause X c. canton Zoug, SJ 2005 79, ainsi que NIVEAU (1), pp. 265-269 et ABRECHT, pp. 338-346.

¹²⁴⁸ Art. 18 let. f) et g) de la Loi genevoise K 1 25 ainsi que WEBER, pp. 55-56. Le Conseil de surveillance psychiatrique a un statut d'organe juridictionnel de première instance. Il n'est pas inhabituel que le «juge» ou une délégation de l'organe se déplace «physiquement» pour contrôler la légalité de la détention. La Loi polonaise du 19 septembre 1994, prévoit qu'un juge visiteur (*visiting judge*) contrôle sur place la nécessité de l'hospitalisation. Cette pratique est courante surtout en absence d'un contrôle automatique de la détention.

¹²⁴⁹ Art. 37 de la Loi genevoise K 1 25.

de surveillance psychiatrique¹²⁵⁰, mais également le Tribunal tutélaire lui-même¹²⁵¹, doivent examiner périodiquement la nécessité du maintien de la mesure. Aucune exigence temporelle n'est indiquée; la mesure du temps qui doit s'écouler entre deux contrôles périodiques est laissée à l'appréciation des autorités. En contrepartie, le patient psychiatrique a le droit de demander en tout temps sa libération au médecin responsable, lequel doit se prononcer dans les trois jours. En cas de refus, la demande est transmise immédiatement au Conseil de surveillance psychiatrique, qui statue définitivement¹²⁵². Il incombe au surplus au chef de l'établissement psychiatrique d'ordonner *ex officio* la sortie du malade mental, lorsque la détention n'a plus de raison d'être¹²⁵³.

En Hongrie, le placement est ordonné par le tribunal pour une durée indéterminée; ce dernier contrôle toutefois tous les trente jours la nécessité de la mesure, qu'elle soit forcée ou volontaire¹²⁵⁴.

Que le placement soit ordonné pour une durée illimitée ou non, le malade mental doit pouvoir requérir, à intervalles raisonnables, le contrôle de sa détention.

iv) L'intervalle raisonnable

En cas de placement de durée illimitée, le malade mental doit pouvoir exiger le contrôle de sa détention à intervalles raisonnables. De la même manière, l'existence d'un contrôle automatique à l'échéance de chaque période d'hospitalisation ne doit pas forclure le malade mental de la possibilité de requérir sa libération, toujours à intervalles raisonnables. Ce cumul n'est pas exigé par la Convention. L'art. 5 al. 4 CEDH est respecté du seul fait que le malade mental peut contester régulièrement son internement et demander sa libération¹²⁵⁵. Ledit cumul est toutefois souhaité par les textes internationaux¹²⁵⁶.

¹²⁵⁰ Art. 37 al. 4, *ibid.*

¹²⁵¹ Art. 422 de la Loi genevoise de procédure civile, E 305.

¹²⁵² Art. 30 de la Loi genevoise K 1 25.

¹²⁵³ Art. 30 al. 1 de la Loi genevoise K 1 25. Aujourd'hui, en pratique, la durée moyenne d'une hospitalisation d'office est comprise entre un et deux mois.

¹²⁵⁴ Art. 35F de la Loi de Hongrie N° 87 de 1994. Si le patient se trouve dans un établissement de réadaptation psychiatrique, le contrôle a lieu tous les soixante jours.

¹²⁵⁵ CourEDH, affaire X c. Royaume Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 51.

¹²⁵⁶ Art. 8 al. 2 de la Recommandation N° R (83) 2; «Livre Blanc», par. 14; art. 25 al. 2 de la Recommandation N° REC(2004)10; principes 7 al. 1 et 8 al. 1 de Dix Principes de l'OMS et principe 17 al. 4 des Principes des Nations Unies. A noter que, d'après ce dernier principe, un malade peut demander non seulement sa libération pure et simple, mais aussi la transformation du placement d'office en placement volontaire.

Comme déjà relevé, la Convention ne fait qu'établir un seuil minimal de protection, ce qui n'empêche pas les législateurs nationaux d'aller plus loin. Cela a été le cas, ainsi que nous l'avons vu¹²⁵⁷, notamment en France, en Belgique, en Israël et en Autriche, où la révision automatique à la fin de chaque période de détention est prévue et, parallèlement, le patient – ainsi que ses proches, son représentant légal ou, parfois, toute personne intéressée – peut à tout moment demander sa mise en liberté. En Belgique et en France, les autorités compétentes peuvent même se saisir d'office¹²⁵⁸. Au Royaume-Uni, le patient peut même interjeter appel contre la décision prise lors du contrôle périodique automatique. S'il n'exerce pas son droit de faire appel, la Direction de l'hôpital et/ou Ministre de l'intérieur doivent en référer au Tribunal, qui doit se saisir *ex officio*¹²⁵⁹.

Quid du droit de recours si le droit interne prévoit une période de détention de durée déterminée, mais relativement longue? Cela pourrait notamment être le cas aux Pays-Bas, où, comme nous l'avons vu, le placement peut être prolongé pour une période maximale de cinq ans, puis de deux ans¹²⁶⁰. Le contrôle automatique à l'échéance de chaque période ne serait pas suffisant aux yeux de l'art. 5 al. 4 CEDH. Ce qui introduit la question de la durée de l'intervalle raisonnable qui peut s'écouler entre un contrôle et l'autre.

De jurisprudence constante, en effet, le contrôle juridictionnel, qu'il soit automatique ou intervienne à la requête du malade mental, doit être effectif. Pour ce faire, les intervalles entre la décision d'hospitalisation initiale et le premier contrôle et entre un contrôle et l'autre doivent être raisonnables. Il s'agit d'un critère d'origine purement internationale¹²⁶¹. Il est rare de trouver cette expression dans une loi nationale alors qu'elle est «omniprésente» dans les textes internationaux¹²⁶². La raison est évidente: ne pouvant pas imposer une durée standard, les législateurs internationaux ont adopté une notion indéterminée et autonome devant être interprétée selon les circonstances d'espèce avec un œil attentif aux droits internes les plus progressistes.

¹²⁵⁷ Supra, III^e Partie, section A, sous-section c), par. 1 et par. 2, i) et ii).

¹²⁵⁸ Art. L.345 et L. 351 de la Loi française N° 90-257 du 27 juin 1990; art. 10-15 et 22 de la Loi belge du 27 juillet 1990; art. 10 de la Loi d'Israël 5751 de 1991 et art. 31 et 32 de la Loi fédérale d'Autriche N° 155 du 1^{er} mars 1990.

¹²⁵⁹ LOUZON, p. 40.

¹²⁶⁰ Art. 18 et 19 de la Loi des Pays-Bas de 1992.

¹²⁶¹ CommEDH, req. 12039/86, Roux c. Royaume-Uni, DR 48, p. 263; CommEDH, req. 102/72/82, M. c. République Fédérale d'Allemagne, DR 38, p. 104 et CourEDH, affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002, § 41; CourEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, arrêt du 24 septembre 1992, § 75 et CourEDH affaire Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, § 53.

¹²⁶² Art. 8 al. 1 de la Recommandation N° R (83) 2; principe 17 al. 3 et 4 des Principes des Nations Unies et principe 8 des Dix Principes de l'OMS. Les auteurs du «Livre blanc» parlent de «intervalles raisonnables et réguliers», «Livre blanc», par. 14.

À l'heure actuelle, ainsi que nous l'avons vu¹²⁶³, une «moyenne nationale d'intervalle raisonnable» d'une durée comprise entre trois mois et une année, voire plus, se dégage. Les Dix Principes de l'OMS se risquent à définir la notion d'intervalle raisonnable en la fixant à «l'issue de chaque période de six mois révolue»¹²⁶⁴. La jurisprudence conventionnelle apprécie cette exigence au cas par cas¹²⁶⁵. La Cour a par ailleurs réitéré qu'il ne lui appartient pas de «chercher de fixer un intervalle à ne pas dépasser»¹²⁶⁶. Elle exige néanmoins que les systèmes en place garantissent une «flexibilité leur permettant de tenir compte des réalités de chaque espèce»¹²⁶⁷. Cela correspond d'ailleurs à ce qu'ont codifié les auteurs du «Livre blanc»¹²⁶⁸. Le caractère raisonnable de l'intervalle doit notamment être apprécié en fonction de l'évolution présumée de la maladie mentale, eu égard à complexité du dossier médical¹²⁶⁹.

La jurisprudence à ce sujet n'est pas particulièrement fournie. Ceci s'explique peut-être parce que la Commission, en son temps, et la Cour, encore aujourd'hui, ont rarement eu à se pencher sur cette problématique.

Dans l'affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*¹²⁷⁰, la Cour a rappelé, dans une perspective quelque peu différente, que les restrictions à la fréquence des demandes de mise en liberté peuvent, selon les circonstances, constituer des restrictions légitimes au droit des malades mentaux à l'accès aux tribunaux¹²⁷¹. Il en va autrement si l'autorité compétente refuse de soumettre au tribunal des requêtes formées avec des cadences de deux, trois, et quatre

¹²⁶³ Supra, III^e Partie, section A, sous-section c), par. 2, ii).

¹²⁶⁴ Principe 8 al. 2 des Dix Principes de l'OMS.

¹²⁶⁵ VELU/ERGEC, p. 300; ainsi que CommEDH, req. 6692/74, DR 2, p. 108; CommEDH, req. 10272/82, DR 38, p. 104 ainsi que CourEDH, affaire *Bezicheri c. Italie*, arrêt du 29 octobre 1989, § 21. Dans cette affaire, relative à une détention en attente de jugement, la Commission avait été très explicite et avait affirmé que «le caractère raisonnable des [...] intervalles est un élément à apprécier suivant les circonstances de l'espèce. [...] Une considération particulière doit être accordée à la nature de la détention en question: alors que l'on peut exiger des intervalles relativement longs lorsqu'il s'agit d'une personne internée pour cause de maladie mentale, les mêmes intervalles ne peuvent être que relativement courts pour celui qui se trouve en détention provisoire comme soupçonné d'avoir commis une infraction», CommEDH, affaire *Bezicheri c. Italie*, rapport du 10 mars 1988, § 38.

¹²⁶⁶ CourEDH, affaire *Oldham c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 septembre 2000, § 31.

¹²⁶⁷ Ibid.

¹²⁶⁸ Selon le glossaire du «Livre blanc», le caractère «raisonnable» de la période en question dépend des circonstances de la cause: à savoir de la complexité de l'affaire, du comportement du requérant et des autorités, «Livre blanc», Glossaire. Cette définition a été reprise telle quelle dans l'Exposé des motifs sur la Recommandation N° REC(2004)10, § 178.

¹²⁶⁹ Notamment, CommEDH, req. 10272/82, M. c. République fédérale d'Allemagne, DR 38, pp. 120-123. Souvent cet intervalle sera plus long pour un malade mental délinquant, infra, III^e Partie, section A, sous-section b), par. 2, v).

¹²⁷⁰ CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979.

¹²⁷¹ Ibid., § 60.

ans et demi après le rejet de la première requête¹²⁷². En effet, s'il est vrai que certaines limitations peuvent être apportées à l'exercice du droit de recours des malades mentaux sous peine d'encombrer les tribunaux de «demandes incessantes, identiques et sans espoir»¹²⁷³, des intervalles aussi longs, même face à une situation psychique stable, vont bien au delà de ce qui est raisonnable et «constituent en fait un déni du recours en légalité visé à l'article 5 alinéa 4»¹²⁷⁴.

Dans la jurisprudence *Van Droogenbroeck c. Belgique*¹²⁷⁵, la Cour n'a pas hésité à répéter que des périodes de trois, voire cinq ans, sans pouvoir saisir une autorité judiciaire «se révèlent trop espacées pour être raisonnables»¹²⁷⁶.

Plus récemment, dans l'affaire *Magalhaes Pereira c. Portugal*¹²⁷⁷, la Cour a encore affirmé qu'un intervalle de deux ans, six mois et dix-huit jours entre la décision initiale d'internement et le premier contrôle est «d'emblée excessif» et seuls des motifs «exceptionnels» pourraient le justifier au regard de l'art. 5 al. 4 CEDH¹²⁷⁸.

Indépendamment des moyennes qui se dégagent de la jurisprudence conventionnelle, quand la législation interne prévoit un intervalle raisonnable, celui-ci doit être respecté, sous peine d'une violation de la Convention. Tel a été le cas dans l'affaire *Herzegfalvy c. Autriche*¹²⁷⁹, où d'après le droit autrichien les intervalles ne devaient pas excéder un an¹²⁸⁰, alors que deux des trois décisions de contrôle n'intervinrent qu'au bout de quinze et respectivement vingt-quatre mois¹²⁸¹.

Confrontée à un contrôle automatique de la légalité du maintien en détention dispensant l'intéressé de devoir engager lui-même la procédure, la

¹²⁷² CommEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, avis du 15 décembre 1977, § 110.

¹²⁷³ *Ibid.*, § 109. Dans le même sens, ATF du 1^{er} novembre 2004 [SP.367/2004] en la cause *X c. canton Zoug*, SJ 2005 78, consid. 2.1.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, § 110.

¹²⁷⁵ CourEDH, affaire *Van Droogenbroeck c. Belgique*, arrêt du 24 juin 1984.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, § 53. La Commission avait accepté six mois, dix mois et une année, CommEDH, req. 6672/74, DR 2, p. 108; CommEDH, req. 10272/82, M. c. France, DR 38, pp. 104-113 et CommEDH, req. 16397/90 *X c. Royaume-Uni*, non publiée cité par TRECHSEL (5), p. 323.

¹²⁷⁷ CourEDH, affaire *Magalhaes Pereira c. Portugal*, arrêt du 26 février 2002.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, § 45. Dans l'affaire *Oldham c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé qu'un intervalle de deux ans entre les contrôles juridictionnels est trop long s'il est justifié par des motifs de réinsertion, CourEDH, affaire *Odham c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 septembre 2000, §§ 28-37.

¹²⁷⁹ CourEDH, affaire *Herzegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992.

¹²⁸⁰ C'était un cas d'application de l'art. 25 al. 3 du Code pénal autrichien sur la durée des mesures préventives de sûreté. D'après cette disposition, le Tribunal examine d'office, une fois par an au moins, la nécessité de maintenir le placement dans un établissement pour délinquants aliénés.

¹²⁸¹ CourEDH, affaire *Herzegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992, §§ 75-77.

Cour pourrait accepter un intervalle raisonnable plus long. C'était en tout cas l'opinion soutenue par la Gouvernement dans l'affaire Koendbjiharie c. Pays-Bas¹²⁸². Ni la Commission, ni la Cour n'ont fait de commentaires à ce propos¹²⁸³.

Dans ce domaine, la jurisprudence conventionnelle se nourrit essentiellement de solutions nationales. Ainsi, en considérant la tendance législative, une procédure de contrôle tous les deux ans, à tout le moins concernant les malades mentaux non délinquants, pourrait être considérée comme contraire à la Convention. La Commission avait d'ailleurs clairement affirmé que, «face à un état mental peu évolutif» typique d'une affection chronique, un contrôle judiciaire doit pouvoir être provoqué à des intervalles de dix à douze mois¹²⁸⁴.

L'intervalle raisonnable entre les contrôles juridictionnels vaut aussi pour le droit du malade de demander sa libération. Quand bien même certaines législations nationales prévoient que ce droit peut s'exercer à tout moment, il existe un délai *de facto*. Un tel contrôle juridictionnel visant à contrôler l'évolution de la maladie et l'aptitude du malade à se réinsérer, il serait en effet absurde de déposer un recours après l'autre sans que ne s'écoule un temps raisonnable. Ce qu'a rappelé la Cour à l'occasion de l'affaire Luberti c. Italie¹²⁸⁵, confrontée à un intervalle de trois jours après le prononcé de la décision d'internement rendue en appel¹²⁸⁶.

Une application effective, sans exception, du droit de recours juridictionnel apparaît fondamentale principalement pour les délinquants malades mentaux, toutes catégories confondues.

¹²⁸² CommEDH, affaire Koendbjiharie c. Pays-Bas, avis du 12 octobre 1998, § 63. Cette affaire concernait l'application de l'art. 37 b) du code pénal néerlandais. D'après cette disposition, le placement dure deux ans sauf si le Gouvernement y met fin plus tôt. Cette période commence dès que le jugement l'ayant prescrite est passé en force de chose jugée. A l'expiration de cette durée, le tribunal dont émane l'ordonnance initiale peut prolonger le placement chaque fois pour un ou deux ans.

¹²⁸³ A noter que dans l'affaire Koendbjiharie c. Pays-Bas, la Commission et la Cour avaient constaté la violation de l'al. 4 de l'art. 5 CEDH au motif que le «bref délai» nécessaire pour statuer avait été dépassé, ce délai ne se confondant pas avec l'intervalle raisonnable qui doit courir entre les contrôles périodiques, sur cette notion, *infra*, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 2.

¹²⁸⁴ CommEDH, req. 10272/82, M. c. République Fédérale d'Allemagne, DR 38, pp. 120-123.

¹²⁸⁵ CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, § 31. Dans ce même sens, ATF du 1^{er} novembre 2004 [5P.367/2004] en la cause X c. canton Zoug, SJ 2005 78, consid. 2.1.

v) *Malades mentaux délinquants, récidivistes, délinquants d'habitude: une exception?*

L'étendue de l'obligation que l'art. 5 al. 4 CEDH impose aux Etats contractants n'est pas forcément identique en toute circonstance ni pour chaque type de privation de liberté¹²⁸⁷. La question de la portée de ce droit se pose tout particulièrement, d'abord, pour les délinquants malades mentaux (v.a) et, ensuite, pour les récidivistes ou les délinquants d'habitude (v.b). Ces derniers ne souffrent pas d'un trouble mental à proprement parler et purgent une peine de durée indéterminée due à leur dangerosité.

v.a) *Les malades mentaux délinquants*

En ce qui concerne les malades mentaux délinquants, l'affaire X c. Royaume Uni¹²⁸⁸ a consacré le principe qui veut qu'internés dans un établissement psychiatrique en raison de leur dangerosité, ces malades doivent pouvoir jouir, au même titre que les autres malades, d'un contrôle périodique de leur détention¹²⁸⁹. En effet, les motifs qui justifient leur détention, en particulier la gravité du trouble, peuvent évoluer et même cesser d'exister¹²⁹⁰.

Notons que la Commission dans sa première jurisprudence considérait que la détention d'un malade mental délinquant, pour une durée indéterminée sans droit au contrôle périodique, ne violait pas la Convention¹²⁹¹.

Il existe une différence sensible entre le droit au contrôle juridictionnel garanti aux malades ordinaires et celui garanti aux criminels malades mentaux, surtout lorsque le placement de ces derniers est essentiellement régi par le code pénal national. La procédure de contrôle est, en règle générale, automatique et la durée de l'intervalle raisonnable entre les périodes de révision

¹²⁸⁷ CourEDH, affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 78 ainsi que affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 52.

¹²⁸⁸ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981.

¹²⁸⁹ A titre d'exemple, l'art. 18 de la Loi belge de défense sociale de 1964 prévoit la durée illimitée pour la détention des malades mentaux délinquants avec la possibilité pour la Commission de défense sociale, d'office ou à la demande du Procureur du Roi, de l'interné ou de son avocat d'ordonner la mise en liberté définitive. Cependant, si la demande de l'avocat ou de l'interné est refusée, une telle demande ne peut être renouvelée avant l'expiration d'un délai de six mois.

¹²⁹⁰ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 52; dans le même sens CourEDH, affaire Mouisel c. France, arrêt du 14 novembre 2002, § 43; CourEDH, affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002, § 40; CourEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, arrêt du 24 septembre 1992, § 75; CourEDH, affaire Koendjbiharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, § 27; CourEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, arrêt du 27 septembre 1990, §§ 28-29 et CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, §§ 31-32.

¹²⁹¹ CommEDH, req. 99/55, X c. République fédérale d'Allemagne, Annuaire 1, 1962, p. 160; CommEDH, req. 2518/65, X c. Danemark, Annuaire 8, 1965, pp. 373-375.

plus longue – en moyenne entre une année et demie et deux ans si la personne détenue a le droit de demander à tout moment au tribunal la levée de la mesure d'internement¹²⁹². Toutefois, avec le rapprochement progressif des règles des systèmes pénal et de santé mentale, ces différences, sous certains aspects légitimes, sont destinées à s'estomper à tout le moins en partie¹²⁹³.

Le cas des récidivistes et des délinquants d'habitude est plus complexe.

v.b) Les récidivistes et les délinquants d'habitude

En principe, les délinquants de droit commun, ne souffrant pas de troubles mentaux et détenus après une condamnation, ne bénéficient pas du droit au contrôle périodique car cette détention – également en cas de détention à perpétuité ou pour une durée indéterminée – est régie par la let. a) de l'art. 5 CEDH. Partant, elle se fonde sur une évaluation établie une fois pour toutes et qui n'est pas sujette à révision¹²⁹⁴.

¹²⁹² CourEDH, affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002, § 45; CourEDH, affaire Hirst c. Royaume-Uni, arrêt du 24 juillet 2001, § 41-43; CourEDH, affaire Oldham c. Royaume-Uni, arrêt du 26 septembre 2000, §§ 31-34 et la jurisprudence citée; CourEDH, affaire da Silva Rocha c. Portugal, arrêt du 15 novembre 1996, §§ 26-32 ainsi que CommEDH, req. 20448/92, A.T. c. Royaume-Uni, §§ 42-46.

¹²⁹³ Citons à titre d'exemple, l'art. 27 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987 qui régit l'admission et la détention d'une personne incarcérée; le chapitre 3 de la Loi de Finlande N° 1116 du 14 décembre 1990; les art. 35-38 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni et 61-71 du Mental Health Act (1984) d'Ecosse. En dépit du rapprochement progressif, quelques différences entre les deux régimes persistent. A Genève, notamment, la situation des délinquants malades mentaux est régie par les art. 43 et 44 CPS et 56 ss nCPS. La procédure étant cantonale, la Loi K 1 25 s'applique *via* l'art. 10 de la Loi genevoise E 410 et l'art. 36 A de la Loi genevoise K 1 25. Les voies de recours ne sont toutefois pas les mêmes. Le Conseil de surveillance psychiatrique reste l'autorité compétente pour décider de la fin de l'internement ou de la révocation de la libération à l'essai. Cependant, seules les décisions prises par le Conseil de surveillance psychiatrique en application de la Loi genevoise K 1 25 peuvent être portées devant la Cour de justice. En matière d'application de l'art. 43 CPS, la compétence du Conseil de surveillance psychiatrique est régie par la Loi genevoise E 4 10. Les art. 19 et 20 de la Loi genevoise K 1 25 ne sont pas applicables. D'après la jurisprudence du TF, les décisions en application des art. 43-44 CPS sont des décisions en matière d'exécution des peines et mesures, et seule la voie du recours de droit administratif pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation ainsi que les droits constitutionnels des citoyens, est ouverte, ATF 122 IV 11; ATF 121 IV 2; ainsi que WEBER, p. 58 et supra, I^e partie, section D, sous-section b), par. 1, iii) et les références citées.

¹²⁹⁴ CommEDH, req. 9089/80, X c. Royaume-Uni, DR 24, p. 227. En l'espèce, il s'agissait d'une personne condamnée pour meurtre à la détention à perpétuité. Elle soutenait qu'elle avait le droit de faire examiner périodiquement sa requête aux fins d'obtenir la libération conditionnelle. La Commission avait répondu négativement. Elle avait distingué la situation d'une personne purgeant une peine d'emprisonnement après condamnation par un tribunal compétent pour une infraction pénale et celle d'une personne détenue en raison de son état mental. Dans le premier cas, la détention est imposée comme un châtement qui sanctionne le *fait immuable* que la personne a été déclarée coupable d'une infraction. Ainsi, ce fait – qui ne saurait être confondu avec le *fait évolutif* à la base d'un placement aux motifs de la maladie mentale et de la dangerosité – justifie à lui seul la condamnation, peine y comprise, et n'est pas susceptible d'évoluer en cours de détention. La demande de libération conditionnelle est uniquement une mesure de clémence décidée sans égard aux critères évolutifs du placement forcé.

La situation des récidivistes/délinquants d'habitude est différente, quand bien même la base conventionnelle régissant leur détention reste la let. a), et non pas la let. e) de l'art. 5 CEDH¹²⁹⁵. Ces derniers peuvent toutefois être détenus pour une durée indéterminée, eu égard à leur instabilité mentale – qui ne doit en aucun cas être assimilée à des troubles mentaux dans un contexte de maladie mentale comme nous l'entendons – et leur dangerosité. Ces éléments étant susceptibles d'évoluer au fil du temps¹²⁹⁶, l'art. 5 al. 4 CEDH impose, sous certaines conditions, un contrôle permanent de la légalité de la détention à intervalles raisonnables pendant toute la durée de la détention ainsi qu'une décision judiciaire sur la légalité de la réincarcération lorsque le détenu a été libéré sous condition¹²⁹⁷.

Un récidiviste est un délinquant qui, une fois libéré après avoir purgé sa peine, ne peut s'empêcher de commettre de nouvelles infractions¹²⁹⁸. Vu leur dangerosité sociale, les récidivistes – ou délinquants d'habitude – sont soumis à un régime de sûreté, qui peut se différencier en fonction des structures pénales internes¹²⁹⁹.

En simplifiant et au vu notamment des cas traités à Strasbourg, il est possible de distinguer trois grandes catégories de mesures de sûreté.

¹²⁹⁵ Supra, II^e Partie, section C, sous-section c), par. 1 et 2.

¹²⁹⁶ CourEDH, affaire Oldham c. Royaume-Uni, arrêt du 26 septembre 2000, § 34.

¹²⁹⁷ CourEDH, affaire Curley c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mars 2000, §§ 27-34; CourEDH, affaire Hussain c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, §§ 53-61; CourEDH, affaire Singh c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, §§ 58-62; CourEDH, affaire Wynne c. Royaume-Uni, arrêt du 18 juillet 1994, § 33; CourEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, arrêt du 25 octobre 1990, §§ 68-70 et CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, §§ 55-59.

¹²⁹⁸ Le terme de «récidiviste» vient de récidive, notion pénale qui généralement désigne une cause d'aggravation de la peine résultant de la commission d'une seconde infraction dans les conditions précisées par la loi, après une première condamnation définitive, Le lexique des termes juridiques, Dalloz, 8^e éd., Paris, 1990, p. 409. Très intéressants à propos de l'influence des condamnations sur le récidive, STORZ et KILLIAS (2), pp. 423-440.

¹²⁹⁹ En règle générale, la mesure de sûreté doit intervenir chaque fois qu'il y a état dangereux. Les mesures de sûreté sont des mesures individuelles coercitives sans connotation morale, imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état rend probables. Elles diffèrent des peines car elles n'ont pas un but rétributif mais exclusif de prévention; il s'agit de faire en sorte que les infractions redoutées ne soient pas commises. La prévention peut prendre la forme d'un traitement ou d'une réadaptation (désintoxication des individus, traitement des alcooliques dangereux ou des psychopathes) ou d'une neutralisation et d'une surveillance (internement, foyer d'accueil, tutelle ou liberté surveillée). La durée de ces mesures doit être indéterminée ou déterminée, mais renouvelable, car ni le législateur ni le juge ne peuvent fixer à l'avance le temps au bout duquel la mesure choisie aura donné le résultat recherché. Cela dépend non seulement de l'état dangereux constaté chez l'intéressé, mais aussi de la façon dont cet état évoluera à mesure que se déroulera le traitement prévu. Un contrôle périodique portant sur la nécessité de la mesure ordonnée doit donc être instauré; HEER, pp. 631-638; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, pp. 397-403; LARGUIER, p. 494 ainsi que JEANDIDIER, pp. 417 et 421; GRAVEN, pp. 49-77; TRECHSEL (2), pp. 202-215; TRECHSEL/NOLL, p. 28; ainsi que HURTADO POZO, p. 181 et supra, II^e Partie, section C, sous-section c), par. 2.

La première consiste en une peine principale punitive de durée déterminée, qui échappe à tout contrôle juridictionnel puisqu'elle sanctionne en quelque sorte la gravité objective et immuable des actes criminels perpétrés. A cette peine vient s'ajouter une deuxième peine également de durée déterminée¹³⁰⁰. Cette deuxième peine est ordonnée en même temps, mais n'est exécutée qu'une fois que la première a été purgée. Elle se fonde sur la dangerosité sociale du condamné et, en conséquence, doit pouvoir être révisée périodiquement.

Dans l'affaire *Van Droogenbroeck c. Belgique*¹³⁰¹, le requérant était un récidiviste manifestant une tendance persistante à la délinquance. Il avait été condamné, en application de la Loi belge de défense sociale¹³⁰², à une peine punitive de deux ans pour vol et tentative de vol, à laquelle s'ajoutait une deuxième peine de dix ans de mise à la disposition du gouvernement¹³⁰³. Pendant ces dix ans, selon le droit belge, il n'existait pas de possibilité de révision puisque la validité de la deuxième peine dépendait de conditions objectives non susceptibles de se modifier au fil du temps. Le contrôle juridictionnel était ainsi incorporé dans la décision de condamnation initiale.

¹³⁰⁰ Cette durée doit être relativement longue afin que le but de réinsertion recherché puisse être atteint. En Norvège, par exemple, le tribunal fixe la durée maximale, la durée minimale étant toutefois d'une année; des contrôles réguliers tous les ans sont également prévus, art. 11 du Décret royal du 1^{er} septembre 1961 et art. 39 du Code pénal norvégien. Le nouveau Code pénal suisse prévoyait pour le délinquant malade mental le prononcé d'un traitement institutionnel d'une durée maximale de 5 ans, renouvelable de 5 ans en 5 ans doté d'un contrôle périodique, d'office ou sur demande, au moins une fois par an (art. 59 et 62d nCPS). S'agissant des délinquants d'habitude, le contrôle de l'internement, qui doit être exécuté dans un lieu où la sécurité publique est garantie, devait avoir lieu au moins une fois par an après l'écoulement d'une première période de deux ans (art. 64 et 64b CPS). Dans les deux cas, toutefois, le souci thérapeutique demeurerait, Message du 21 septembre 1998, FF 1999 I 1787 ad 213.45. Voir, également, en général KUHN et, en particulier, WIPRÄCHTIGER, pp. 139-146. Il conviendra à cet égard de tenir compte des modifications imposées par l'acceptation de l'initiative populaire du 3 mai 2000 pour «interner à vie les délinquants sexuels ou violents très dangereux et non amendables». A cet égard, voir notamment MASMEJAN, D., Le grand écart de Christoph BLOCHER pour concilier droits de l'homme et initiative sur l'internement, *Le Temps*, 16 septembre 2004 ainsi que IMSAND, C., L'internement à vie pourra être ordonné *a posteriori*, *La Liberté*, jeudi 16 septembre 2004. Ce dernier article résume les modifications proposées pour concilier les exigences de l'initiative qui lie la levée de l'internement à de nouvelles connaissances scientifiques et celles de la CEDH qui garanti aux détenus le droit à un réexamen régulier de leur cas. Voir encore, supra, II^e Partie, section C, sous-section c), par. 1 ainsi que le Message du Conseil fédéral du 23 novembre 2005, FF 2006 869-900 et les nouvelles dispositions sur l'internement à vie des délinquants extrêmement dangereux.

¹³⁰¹ CourEDH, affaire *Van Droogenbroeck c. Belgique*, arrêt du 24 juin 1984.

¹³⁰² Il convient de préciser qu'en Belgique le gouvernement bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire quant au choix des modalités d'exécution d'une mise à disposition et pourra choisir entre internement, semi-liberté, liberté sous tutelle ou probation. Sur l'application des mesures de sûreté en droit belge, HENNAU/VERHAEGEN, pp. 316-337.

¹³⁰³ Il convient de rappeler qu'en Belgique, la loi prévoit des peines de sûreté d'une durée maximale variable de vingt ans, dix ans ou cinq à dix ans, art. 22 et 23 de la Loi belge de défense sociale de 1964.

La Cour a conclu à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH. Elle a réitéré la nécessité d'un contrôle judiciaire à intervalles raisonnables de la «tendance persistante à la délinquance ou à la dangerosité sociale» qui était à la base de la deuxième période de détention du requérant. En effet, toujours selon la Cour, cette tendance, indispensable au maintien de la mesure de sûreté, était «contingente» et exigeait que le condamné soit «régulièrement suivi dans l'évolution de sa personnalité comme de son comportement, afin d'adapter son statut à un changement, favorable ou défavorable, des circonstances»¹³⁰⁴.

Cette jurisprudence a été en quelque sorte reprise dans l'affaire E. c. Norvège (N° 1)¹³⁰⁵ qui concernait un récidiviste condamné à un internement de sécurité de cinq ans pour voies de faits ainsi que coups et blessures. Il ne souffrait pas de maladie mentale, mais ses «facultés mentales étaient insuffisamment développées et durablement altérées», de sorte qu'il existait un risque évident de nouvelles infractions pénales¹³⁰⁶. La Cour a rappelé que le requérant devait pouvoir bénéficier d'un contrôle judiciaire régulier assez large pour s'étendre aux éléments indispensables à la légalité de sa détention¹³⁰⁷.

Compte tenu de ce qui précède, la jurisprudence de la Cour dans l'affaire Silva Rocha c. Portugal¹³⁰⁸ est surprenante. Elle avait trait au cas d'un délinquant poursuivi pour homicide qualifié, déclaré pénalement irresponsable et interné dans un établissement psychiatrique. La Cour devait analyser la conformité à la Convention du Code pénal portugais qui prévoyait la possibilité d'interner pendant une durée minimale de trois ans une personne pénalement irresponsable ayant commis un crime sans qu'il n'y ait de possibilité de contrôle juridictionnel. Elle a conclu à l'absence de violation de l'art. 5 al. 4 CEDH, dans la mesure où la gravité des faits combinée avec le risque que l'intéressé présentait, aussi bien pour autrui que pour lui-même,

¹³⁰⁴ CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, § 47. La jurisprudence Van Droogenbroeck avait été par ailleurs reprise plus tard par la Commission, CommEDH, req. 11082/84, D. c. Belgique, DR 69, p. 27. Depuis l'arrêt Van Droogenbroeck, la loi a été modifiée et le récidiviste a désormais la possibilité de demander la levée des effets de la décision. En cas d'internement, il peut requérir d'être libéré un an après le placement; dans les autres cas, trois ou cinq ans après l'expiration de la peine, il peut introduire une demande de levée des effets de la mise à disposition du gouvernement, avec possibilité de renouveler la demande tous les trois ou cinq ans et d'un appel devant la Chambre de mises en accusation, art. 25 et 26 de la Loi belge de défense sociale de 1964.

¹³⁰⁵ CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990.

¹³⁰⁶ Ibid., §§ 7-19.

¹³⁰⁷ Ibid., § 60. La Cour a conclu à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH puisque la procédure de contrôle avait duré au-delà du bref délai imposé par cette disposition, *ibid.*, § 67.

¹³⁰⁸ CourEDH, affaire Silva Rocha c. Portugal, arrêt du 15 novembre 1996.

«pouvait raisonnablement justifier sa mise à l'écart de la société pendant au moins trois ans»¹³⁰⁹.

Ce raisonnement est étonnant. A l'instar des Juges dissidents PETTITI, RUSSO et VALTICOS¹³¹⁰, nous croyons à une violation de l'art. 5 al. 4 CEDH. Le requérant avait été déclaré pénalement irresponsable; la condamnation à trois ans ne constituait pas une «peine punitive», dépourvue de contrôle périodique, mais un internement classique. Le contrôle de la détention ne pouvait pas être considéré comme incorporé pour une période aussi longue, en particulier eu égard à la jurisprudence conventionnelle qui avait, par le passé, sanctionné une période supérieure à deux ans¹³¹¹, ce sans tenir compte de la dangerosité initiale réelle et/ou prévisible de l'intéressé.

La décision de la Cour est d'autant plus regrettable que de telles périodes de détention incompressibles peuvent se transformer aisément en internement abusif si l'état de l'intéressé évolue favorablement. Un contrôle juridictionnel périodique s'impose dès lors absolument. Il ne reste qu'à espérer que la jurisprudence da Silva Rocha c. Portugal restera un accident de parcours isolé.

Le deuxième type de mesure de sûreté se constitue d'une peine perpétuelle discrétionnaire ou obligatoire de durée indéterminée. Il s'agit notamment de la détention de sûreté (*Preventative Detention*) du délinquant dangereux selon le droit anglais. Ce droit est relativement complexe¹³¹² et a occupé les Juges de Strasbourg à plusieurs reprises. Il faut distinguer entre peine perpétuelle obligatoire et peine perpétuelle discrétionnaire. Les deux sont de durée indéterminée.

La peine perpétuelle obligatoire est infligée en cas de crime très grave (meurtre, crime contre l'intégrité physique, etc.) et présente un caractère essentiellement punitif, c'est-à-dire indépendant de toute considération tenant à la personnalité du délinquant¹³¹³. D'après la Cour, comme pour les délinquants ordinaires, aucune question nouvelle de légalité ne peut se poser et il n'existe aucun droit supplémentaire à contester la régularité du maintien en détention ou de la réincarcération après révocation d'une éventuelle liberté

¹³⁰⁹ Pendant de ces trois ans, la Cour a considéré le contrôle juridictionnel comme incorporé à la décision d'internement initiale, *ibid.*, §§ 28-29.

¹³¹⁰ *Ibid.*, opinion dissidente du Juge PETTITI à laquelle se rallient les Juges RUSSO et VALTICOS.

¹³¹¹ CourEDH, affaire Hirst c. Royaume-Uni, arrêt du 24 juillet 2001, § 43 ainsi que CourEDH, affaire Oldham c. Royaume-Uni, arrêt du 26 septembre 2000, §§ 31-34 et la jurisprudence citée.

¹³¹² Pour un aperçu, FITZGERALD, pp. 39-48.

¹³¹³ CourEDH, affaire Wynne c. Royaume-Uni, arrêt du 18 juillet 1994, §§ 18-23 et 31-36.

sous condition¹³¹⁴. En effet, ce n'est pas l'état évolutif de la dangerosité du délinquant qui est au cœur de la peine perpétuelle obligatoire, mais uniquement la gravité de l'acte commis¹³¹⁵. Cela signifie, en d'autres termes, que la condamnation initiale a incorporé «à tout jamais» (sic!) la garantie prévue à l'art. 5 al. 4 CEDH et l'intéressé, en absence de nouvelles questions de légalité, n'a aucun droit à un contrôle de son maintien en détention et de sa réincarcération après révocation de la liberté sous condition décidés sur la base de la peine perpétuelle obligatoire initiale¹³¹⁶. Il s'agit en somme d'un cas d'application de la théorie du lien de causalité formel¹³¹⁷, qui veut qu'aussi longtemps que la décision de maintien en détention ou de réincarcération se fonde sur des motifs conciliables avec les objectifs du tribunal ayant prononcé la condamnation initiale, la let. a) de l'art. 5 CEDH continue à s'appliquer en lieu et place de la let. e). Ainsi, l'intéressé, dont la détention n'est pas justifiée par

¹³¹⁴ Face à une peine perpétuelle obligatoire il existe une période «tarifiée (incompressible)» à l'échéance de laquelle le détenu peut être libéré sous condition. Cependant, les motifs de cette libération sont essentiellement «punitifs»; il faut rechercher si la période purgée par le détenu suffit à satisfaire les exigences de rétribution et de dissuasion, s'il n'y a pas de risque à libérer l'intéressé et, enfin, si la libération anticipée serait acceptable pour le public, à savoir si elle ne risque pas de compromettre la confiance de ce dernier dans la justice pénale, CourEDH, affaire Wynne c. Royaume-Uni, arrêt du 18 juillet 1994, §§ 21, 33-35 et CourEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, arrêt du 25 octobre 1990, §§ 70 et 73-74. Cette distinction basée sur la composante «tarif/rétribution» de la peine perpétuelle obligatoire ainsi que sur la composante «sécurité/prévention» de la peine perpétuelle discrétionnaire laisse un peu à désirer. Dans l'affaire Wynne c. Royaume-Uni, la Cour elle-même a semblé être du même avis, puisqu'elle a ressenti le besoin d'indiquer dans ses considérants que les deux peines se rapprochaient désormais et qu'il était souhaitable d'en assimiler davantage leurs effets. Elle n'en a toutefois pas tiré les conséquences qui auraient dû s'imposer puisqu'il appartenait au Parlement britannique d'adopter, le cas échéant, les modifications législatives nécessaires, CourEDH, affaire Wynne c. Royaume-Uni, arrêt du 18 juillet 1994, §§ 23 et 35. La caractéristique de l'affaire Wynne précitée résidait dans le fait que le requérant avait été condamné d'abord à une peine perpétuelle obligatoire suite au meurtre d'une femme qu'il avait violemment agressée. Cette peine avait été ensuite suspendue et puis révoquée puisque, pendant sa libération conditionnelle, il avait tué une vieille dame de soixante-quinze ans en lui tranchant la gorge avec un couteau. Parallèlement, une peine perpétuelle discrétionnaire avait été également prononcée à son encontre en raison de l'extrême danger qu'il représentait pour l'ordre public. D'après la Cour, l'existence de la peine perpétuelle obligatoire rendait sans objet le contrôle de la légalité puisque, sans l'accord du Ministère de l'intérieur, le requérant n'avait aucune chance d'être mis en liberté, *ibid.*, §§ 37-38. Si nous suivons cette jurisprudence conventionnelle, le principe selon lequel une peine perpétuelle discrétionnaire doit subir un contrôle périodique de sa nécessité est réduit à néant si cette peine est exécutée en même temps qu'une peine perpétuelle obligatoire et aussi longtemps que cette peine n'est pas révoquée. Dans le souci de sauvegarder une certaine cohérence juridique, il aurait peut-être mieux valu imposer le contrôle périodique de la détention également pour la peine perpétuelle obligatoire au lieu de laisser l'opportunité d'exercer un contrôle en vue d'un éventuel élargissement au bon vouloir du Ministère de l'intérieur. Garantir un tel droit ne signifie pas octroyer un droit à être libéré.

¹³¹⁵ *Mutatis mutandis*, CourEDH, affaire Cossey c. Royaume-Uni, arrêt du 27 septembre 1990, § 35.

¹³¹⁶ CourEDH, affaire Wynne c. Royaume-Uni, arrêt du 18 juillet 1994, § 36.

¹³¹⁷ Voir également nos développements, *supra*, II^e Partie, section C, sous-section c), par. 2.

des circonstances pouvant évoluer, ne peut invoquer l'art. 5 al. 4 CEDH¹³¹⁸. Une portée aussi étendue de ce principe du lien de causalité, bien que conforme à la jurisprudence conventionnelle, est extrêmement dangereuse, particulièrement en présence d'une peine perpétuelle obligatoire, puisque apte à cautionner des détentions quasiment à vie, sans aucun contrôle postérieur, comportant ainsi un risque flagrant d'arbitraire¹³¹⁹.

La peine perpétuelle discrétionnaire, quant à elle, prévoit une période tarifée (incompressible) répressive déterminée par le juge¹³²⁰ suivie d'une peine de durée indéterminée discrétionnaire motivée par la dangerosité de l'intéressé et ayant pour but la protection de la société. A la différence de la peine perpétuelle obligatoire, la peine perpétuelle discrétionnaire est décidée en fonction non pas de la gravité inhérente à l'infraction mais de la présence de facteurs susceptibles d'évoluer avec le temps, à savoir, par exemple,

¹³¹⁸ CourEDH, Waite c. Royaume-Uni, arrêt du 10 décembre 2002, §§ 66-68; CourEDH, affaire Stafford c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 2002, §§ 81-83; CourEDH, affaire Wynne c. Royaume-Uni, arrêt du 18 juillet 1994, §§ 33-36 et CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 49-51.

¹³¹⁹ Dans l'affaire Wynne c. Royaume-Uni, les Juges dissidents de la Commission avait défendu une interprétation raisonnable de la notion de lien de causalité et proposé une solution de compromis dans laquelle le contrôle n'était pas incorporé puisque le requérant faisait également l'objet d'une peine perpétuelle discrétionnaire. Ces derniers s'étaient exprimés comme suit: «[...] Nous n'estimons pas nécessaire de décider dans le cas présent si une peine incompressible d'emprisonnement à vie peut légitimement être distingué de peines discrétionnaires d'emprisonnement à vie aux termes de l'article 5 alinéa 4. Le présent requérant est détenu pour une peine discrétionnaire d'emprisonnement à vie prononcée à son encontre du fait de l'existence de facteurs particuliers d'instabilité mentale et de dangerosité. Cet événement a [...] *brisé le lien causal entre la peine incompressible de prison à vie initiale et la pérennité de sa détention* [c'est nous qui soulignons]. [...] La pérennité de sa détention [...] se justifie [...] par le risque qu'il [le requérant] continu de représenter. Vu que ce facteur est susceptible de changer, le requérant a droit à un contrôle judiciaire relatif à la pérennité de sa détention», CommEDH, affaire Wynne c. Royaume-Uni, avis du 4 mai 1993, opinion dissidente des Membres de la Commission TRECHSEL, BUSUTTIL, HALL, MARXER et THUNE.

¹³²⁰ Avant l'arrêt Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, en cas de peine perpétuelle discrétionnaire, la durée de la période tarifée incompressible n'était pas communiquée au détenu ni lors du prononcé de la sentence ni durant sa détention. Ce dernier devait l'estimer en fonction de la longueur de la date fixée pour le premier contrôle. Du fait de cette situation, toujours dans l'affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, la Commission soutenait que la garantie de l'art. 5 al. 4 CEDH devait s'appliquer tout le long de la détention, CommEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, avis du 7 septembre 1989, §§ 86-87. Pour la Cour, la question était devenue sans objet car la phase répressive des peines perpétuelles avait déjà pris fin, CourEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, arrêt du 25 octobre 1990, § 78. A la suite de cette affaire, le *Criminal Justice Act* de 1991 a été promulgué et le droit anglais modifié comme suit: la durée de la période tarifée (incompressible) est communiquée au détenu et, au delà de son échéance, ce dernier a le droit de contrôler à intervalles raisonnables la légalité de son maintien en détention ainsi que d'une réincarcération éventuelle, FITZGERALD, p. 41; ainsi que CommEDH, req. 13195/87, P., K. et G. c. Royaume-Uni, §§ 33-40 et CommEDH, req. 21681/93, W. H. et A. c. Royaume-Uni. Cette dernière requête a été déclarée irrecevable faute pour les requérants d'avoir la qualité de victimes car au bénéfice de la libération conditionnelle.

l'instabilité mentale et la dangerosité. Partant, une fois purgée la partie punitive, le délinquant doit pouvoir jouir du droit au contrôle périodique de la légalité de la peine discrétionnaire à l'occasion de toute décision concernant le maintien en détention ou la réincarcération¹³²¹.

Par souci d'exhaustivité, il convient également d'évoquer brièvement une troisième mesure de sûreté prévue elle aussi en droit anglais. Il s'agit de la détention pour «la durée qu'il plaira à Sa Majesté» (*Detention during Her Majesty's Pleasure – HMP*) qui frappe les délinquants mineurs coupables de meurtre. Le Gouvernement britannique soutenait que ces peines étaient assimilées à celles perpétuelles obligatoires infligées aux adultes. La Cour n'a pas suivi cette thèse. Elle a soutenu qu'une fois la période punitive purgée, cette mesure peut davantage se comparer à une peine discrétionnaire. En effet, les considérations sur la dangerosité du délinquant, qui déterminent la prolongation de la détention, doivent nécessairement tenir compte de l'évolution constatée dans la personnalité et le comportement de celui-ci au fur et à mesure qu'il avance en âge, faute de quoi il serait considéré comme privé de liberté à vie. Un examen à intervalles raisonnables de la légalité du maintien en détention doit alors être assuré¹³²².

FITZGERALD relève également l'existence, toujours en droit anglais, de peines de durée déterminée étendue (*Extended Fixed-Term Sentences*). Ces peines constituent une innovation introduite par le *Criminal Justice Act* de 1991¹³²³. Elles ont comme but de condamner à une peine, d'une durée supérieure à celle prévue d'ordinaire, toute personne coupable d'actes violents (agressions sexuelles, lésions corporelles graves, etc.) afin de protéger le public d'un danger sérieux¹³²⁴. Leur «conventionnalité» n'a pas encore été examinée par la Cour. FITZGERALD s'interroge néanmoins sur la conformité aux exigences posées par la Convention. La fin de la période punitive et le début de celle préventive ne sont pas spécifiés. Le risque d'arbitraire est alors réel; si le détenu ne peut pas faire la distinction entre les deux

¹³²¹ CourEDH, affaire Benjamin et Wilson c. Royaume-Uni, arrêt du 26 septembre 2002, §§ 8-12; CourEDH, affaire Oldham c. Royaume-Uni, arrêt du 26 septembre 2000, §§ 30-34; CourEDH, affaire Wynne c. Royaume-Uni, arrêt du 18 juillet 1994, §§ 33-36; CourEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, arrêt du 25 octobre 1990, § 76 et CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, §§ 55-59.

¹³²² CourEDH affaire Waite c. Royaume-Uni, arrêt du 10 décembre 2002, § 56; CourEDH Curley c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mars 2000, § 32; CourEDH, V. c. Royaume-Uni, arrêt du 16 décembre 1999, §§ 118-122; CourEDH, affaire T. c. Royaume-Uni, arrêt du 16 décembre 1999, §§ 114-118; CourEDH, affaire Hussain c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, §§ 20-26, 52-54 et 57-61 ainsi que CourEDH, affaire Singh c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, § 42 et 61-69.

¹³²³ Le *Criminal Justice Act* de 1991 du Royaume-Uni est entré en vigueur le 1^{er} octobre 1992.

¹³²⁴ Art. 2 al. 2, let. b) du *Criminal Justice Act* de 1991 du Royaume-Uni.

périodes, il ne pourra que difficilement bénéficier de la garantie de l'art. 5 al. 4 CEDH¹³²⁵.

La jurisprudence strasbourgeoise sur l'exercice du droit au recours juridictionnel en cas de mesures de sûreté pour les récidivistes ou les délinquants d'habitude précitées est la conséquence plus ou moins heureuse de la théorie du «contrôle incorporé» et de ses exceptions. Aussi longtemps que le lien de causalité entre la condamnation initiale et la détention n'est pas rompu¹³²⁶, la let. a) de l'art. 5 al. 1 CEDH régit la détention et le contrôle reste incorporé dans la première décision judiciaire¹³²⁷. Si le maintien en détention ou la réincarcération se fonde, en revanche, sur des motifs de dangerosité évolutifs, le lien de causalité est rompu, le juge ne pouvant pas lors de sa première décision prévoir le *cursus* de l'évolution de la personnalité du détenu¹³²⁸. Partant, un contrôle périodique juridictionnel s'impose¹³²⁹.

Cette jurisprudence n'a rien de révolutionnaire. Elle est même quelque peu boiteuse. Dans la plupart des cas traités par la Cour, les récidivistes/délinquants d'habitude souffraient d'instabilité mentale et la notion de dangerosité correspondait en fait à celle constatée chez un délinquant malade mental¹³³⁰. En son temps, la Commission avait par ailleurs osé affirmer que

¹³²⁵ FITZGERALD ajoute également, à juste titre, que cette forme de condamnation porte atteinte au principe si cher au droit pénal, d'après lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction: «This section 2 (2) (b) of the Act constitutes a further departure from the basic common law principle that the punishment should fit the crime, and it occurs in cases where the compelling justification of protecting the public from crimes dangerous to life or limb is not present [...]. It seems likely that the trend will continue and that longer extensions of the period merited as punishment can be anticipated in the future», FITZGERALD, p. 42.

¹³²⁶ CourEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, arrêt du 25 octobre 1990, § 69; CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990, § 50; CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 49; CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, § 39 et VELU/ERGEC, pp. 258-259.

¹³²⁷ Ceci reste vrai même si une autorité administrative intervient pour ordonner l'internement de l'intéressé plusieurs années après le jugement sur la base des critères qui lui sont propres, alors que ni la loi ni le juge n'ont fixé une durée minimale ou normale de privation de liberté, CommEDH, req. 11082/84, D. c. Belgique, DR 69, p. 38; CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, §§ 44-49 ainsi que CommEDH, req. 19774/92, Sampson c. Chypre, DR 77-B, pp. 72-73.

¹³²⁸ L'élément temps n'a pas nécessairement d'influence sur la rupture du lien de causalité. Dans l'affaire Weeks c. Royaume-Uni, par exemple, le lien juridique formel entre la condamnation et la réincarcération n'était pas *a priori* interrompu du seul fait que dix ans s'étaient écoulés, CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 50. Il en allait de même dans l'affaire Waite c. Royaume-Uni, la révocation de la liberté conditionnelle ayant eu lieu seize ans après la première condamnation du requérant pour le meurtre de sa grand-mère. En dépit de ces constatations, la Cour a considéré que le lien de causalité n'était pas rompu (sic!), CourEDH affaire Waite c. Royaume-Uni, arrêt du 10 décembre 2002, § 68.

¹³²⁹ FITZGERALD, pp. 44-45.

¹³³⁰ Notamment, CourEDH, affaire Wynne c. Royaume-Uni, arrêt du 18 juillet 1994, § 30, CourEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, arrêt du 25 octobre 1990, § 72 et CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 24.

la mise à disposition du gouvernement pour cause d'arriération ou de maladie mentale prévue par la législation belge équivalait à la détention d'un aliéné¹³³¹. En Belgique, la même loi régit par ailleurs les deux cas, bien qu'à des endroits différents¹³³².

Récemment, la Cour semble suggérer le caractère déraisonnable, voire artificiel, du maintien d'une distinction entre délinquants malades mentaux et délinquants d'habitude ou récidivistes, à tout le moins sous l'angle purement formel du droit au contrôle périodique de la détention¹³³³.

Compte tenu des développements qui précèdent, il convient de s'interroger sur ce qui empêche la Cour de s'inspirer de la jurisprudence sur l'internement du délinquant aliéné¹³³⁴ et d'appliquer la protection plus étendue de la let. e) de l'art. 5 al. 1er CEDH. Nous devons d'autant plus nous poser la question que, souvent, les récidivistes/délinquants d'habitude ne sont pas détenus en prison, mais dans des établissements «appropriés», où ils peuvent être pris en charge du point de vue psychiatrique, quand bien même les conditions de sécurité sont renforcées¹³³⁵.

Encore une fois, dans ce domaine, la clé de lecture doit être recherchée dans la définition de malade mental et son application selon le droit interne!

La législation anglaise, notamment, opère une distinction entre l'instabilité mentale et les troubles mentaux¹³³⁶. Seuls ces derniers relèvent de la Loi sur la santé mentale et entraînent l'application de la let. e) de l'art. 5 al. 1 CEDH.

Dans l'affaire *Weeks c. Royaume-Uni*¹³³⁷, notamment, il manquait les preuves médicales suffisantes pour conclure à la présence d'une maladie

¹³³¹ CommEDH, req. 6852/74, X c. Pays-Bas, DR 15, p. 5.

¹³³² La détention des délinquants anormaux est régie par le Chapitre II, tandis que celle des délinquants d'habitude par le Chapitre VII de la Loi belge de la défense sociale de 1964.

¹³³³ CourEDH, affaire *Oldham c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 septembre 2000, § 34.

¹³³⁴ *Supra*, II^e Partie, section C, sous-section c), par. 1 et 2.

¹³³⁵ En principe, il est possible de distinguer deux catégories de délinquants d'habitude et/ou récidivistes: les délinquants dangereux qui doivent être soumis à un régime de sécurité renforcée dans un établissement fermé et les délinquants asociaux pour lesquels un internement dans un établissement ouvert est suffisant. D'une manière générale, les lieux d'internement sont très variés; il doit néanmoins s'agir d'un établissement ou d'une section d'établissement exclusivement affecté à cette destination. D'après le Message du Conseil fédéral de 1965, le malade mental délinquant ne doit pas être interné dans des maisons d'internement pour des délinquants d'habitude, Message du Conseil fédéral du 1^{er} mars 1965, FF 1965 I 579-581. Voir les art. 42 et 43 CPS ainsi que les art. 59 al. 2, 64 al. 4 et 72 al. 2 nCPS et, plus en général, VAN DE KERCHOVE, pp. 63-109.

¹³³⁶ En droit anglais, par troubles mentaux il faut comprendre des troubles d'une gravité certaine parmi lesquels l'instabilité mentale, même si elle comporte des tendances particulièrement agressives, n'est apparemment pas prise en considération, LOUZON, p. 20.

¹³³⁷ CourEDH, affaire *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 1987.

mentale¹³³⁸. Il en allait de même dans l'affaire E. c. Norvège (N° 1)¹³³⁹ qui concernait un récidiviste avec un passé de maladie mentale. La mesure entreprise, cependant, avait été ordonnée à la suite d'une expertise constatant l'absence de troubles mentaux proprement dits mais l'existence d'un risque évident de récidive¹³⁴⁰. En l'espèce, le droit interne prévoyait de lui-même un contrôle périodique et le Gouvernement ne contestait pas en tant que telle l'application de la let. e) de l'art. 5 al. 1 CEDH. Ce qui a facilité le travail de la Cour¹³⁴¹.

Nous partageons, à tout le moins en partie, l'opinion de FITZGERALD. Préoccupé par l'augmentation des mesures de sûreté¹³⁴², cet auteur rappelle qu'au Royaume-Uni il n'existe aucun droit au traitement pour les délinquants soumis à ce régime alors qu'il ne s'agit pas de les punir mais de les rendre inoffensifs afin de protéger la société. Au surplus, le lieu de détention n'est souvent pas approprié et leur demande de mise en liberté, une fois qu'ils ne sont plus dangereux, est encore considérée comme un privilège accordé et non comme un droit propre¹³⁴³.

Ces critiques peuvent sans doute être transposées à d'autres législations européennes. Il en résulte la nécessité d'étendre l'application de la let. e) de l'art. 5 al. 1 CEDH également à la détention des récidivistes/délinquants d'habitude¹³⁴⁴, sans que cela ne soit laissé au bon vouloir du Gouvernement défendeur. La Cour n'a-t-elle d'ailleurs pas affirmé que si le but principal d'une mesure de sûreté est celui de protéger la société contre de nouvelles infractions de la personne concernée, «*il ne faut pas pour autant négliger ses intérêts*»¹³⁴⁵? De tels intérêts ne peuvent être garantis au mieux qu'en octroyant aux délinquants d'habitude et/ou récidivistes les mêmes droits qu'aux délinquants malades mentaux.

En bref, la jouissance effective du droit de recours juridictionnel pour le malade mental hospitalisé est le meilleur rempart contre l'arbitraire. L'exception du «contrôle incorporé» pourrait apparaître vouloir en restreindre la

¹³³⁸ Ibid., § 24.

¹³³⁹ CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990.

¹³⁴⁰ Ibid., §§ 7-9. Le droit norvégien prévoyait que: «Un an au plus après le début des mesures de sûreté, et par la suite à des intervalles n'excédant pas un an, les mesures en question sont soumises au Ministère de la justice, accompagnées d'un exposé sur le point de savoir si elles doivent subsister sans changement ou s'il y a lieu de les remplacer ou supprimer. La question peut être soulevée avant le terme prévu si des raisons spéciales l'exigent».

¹³⁴¹ La Cour a conclu à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH puisque l'autorité n'avait pas statué dans un bref délai, CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990, §§ 64-67.

¹³⁴² FITZGERALD, p. 39.

¹³⁴³ Ibid., p. 43.

¹³⁴⁴ Supra, II^e Partie, section C, sous-section c), par. 1 et 2.

¹³⁴⁵ CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990, § 51.

portée. Toutefois, la jurisprudence conventionnelle en fait un usage éclairé. Aujourd'hui, en plein mouvement «légaliste»¹³⁴⁶, la tendance vers une juridictionnalisation de la procédure d'hospitalisation n'a aucun effet sur le principe fondamental qui accompagne toute privation de liberté régulière et qui veut que le malade ne peut être détenu qu'aussi longtemps que le trouble persiste. C'est la raison pour laquelle le droit au contrôle périodique de l'hospitalisation gagne en importance. Sur le contrôle périodique automatique, indispensable en cas de placements de durée indéterminée, se greffe le droit du malade mental de demander *motu proprio* sa libération; les intervalles raisonnables deviennent de plus en plus courts et les instances de contrôle se multiplient. Si la jurisprudence des organes de la Convention et les textes internationaux doivent se limiter au «minimum vital», les législations nationales, sous réserve de quelques exceptions, font preuve d'une grande inventivité. Qu'elles prévoient le contrôle périodique et automatique à intervalles très brefs ou plus longs et/ou la possibilité de revoir à tout moment la nécessité de l'hospitalisation, les solutions nationales qui s'inspirent d'ailleurs fortement des textes internationaux, s'inscrivent dans la recherche d'une meilleure protection du patient. Un contrôle plus fréquent de l'état mental du malade par un organe médical et/ou administratif, ainsi qu'un contrôle plus espacé auprès d'un organe juridictionnel au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH, est une solution dans l'air du temps. C'est d'ailleurs, comme nous l'avons vu, la solution prévalant en France¹³⁴⁷, en Tunisie¹³⁴⁸ et en Belgique, quand bien même dans ce dernier pays, le contrôle paraît moins rigoureux¹³⁴⁹.

Sous l'angle des garanties fondamentales, la libération du patient présente plus de difficultés que son hospitalisation. C'est la procédure de libération qui reflète le mieux le conflit entre la liberté individuelle et la protection de la société. Elle peut souvent être lourde et traumatisante¹³⁵⁰. A ce propos, la situation des délinquants malades mentaux, et encore plus celle des délinquants d'habitude et/ou récidivistes qui souffrent de troubles d'instabilité caractérielle reste délicate, en particulier puisque hors du champ d'application du droit au contrôle périodique de la détention. Aussi longtemps que le but principal des mesures de sûreté demeure la protection de la société, cette situation n'est pas prête de changer. A cet égard, TRECHSEL soutient la né-

¹³⁴⁶ LEGEMAATE (2), pp. 16-17 ainsi que GORDON/VERDUN-JONES, pp. 1-82.

¹³⁴⁷ Art. L.344 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990.

¹³⁴⁸ Art. 19 de la Loi de Tunisie N° 92-83 du 3 août 1993, qui, comme en France, prévoit que le malade est régulièrement examiné, au moins une fois par mois, par un psychiatre de l'établissement qui doit établir un certificat médical circonstancié confirmant ou infirmant la nécessité de l'hospitalisation.

¹³⁴⁹ Art. 19 de la Loi belge du 27 juillet 1990. Aucun délai n'est imposé pour le contrôle qui dépend, soit du bon vouloir du médecin, soit de la demande de tout intéressé.

¹³⁵⁰ Rapport sur la situation des malades mentaux, Conseil de l'Europe, Doc. 4014, p. 15.

cessité d'interpréter ces mesures en ayant à l'esprit l'importance grandissante de l'effet thérapeutique interdépendant avec l'évolution de la personnalité du délinquant¹³⁵¹.

La titularité du droit de recours reste la condition nécessaire mais non suffisante pour la jouissance effective de celui-ci. L'instance de recours doit également offrir certaines qualités procédurales et la portée de son pouvoir d'examen doit être apte à constater toute irrégularité éventuelle et y apporter remède. C'est le sujet épineux, et néanmoins passionnant, de l'efficacité du contrôle judiciaire.

d) L'impératif d'«efficacité» du contrôle juridictionnel

L'hospitalisation forcée représente une ingérence extrêmement grave dans la liberté du malade mental. La vigilance est ainsi de rigueur, le malade devant pouvoir retrouver immédiatement sa liberté dès que la mesure se révèle être arbitraire ou ne se justifie plus en raison de l'évolution de son état de santé. Il est, dès lors, aisé de comprendre l'importance que revêt un contrôle judiciaire efficace¹³⁵².

A cet effet, trois exigences fondamentales s'imposent au droit interne¹³⁵³. Premièrement, les voies de recours nationales doivent être accessibles, effectives et permettre de statuer en connaissance de cause sur l'opportunité de la détention (1). Afin d'éviter que des détentions illégales ou irrégulières ne se prolongent au delà de ce qui est raisonnable, le contrôle juridictionnel doit s'exercer dans un bref délai (2). Enfin, ce contrôle juridictionnel doit être exercé par un organe conforme aux critères dégagés par la jurisprudence de Strasbourg (3).

1) La portée du contrôle judiciaire de la légalité

Le malade mental désireux d'exercer le droit à une vérification juridictionnelle de l'hospitalisation introduit un recours au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH, qui entraînera une décision de mise en liberté si l'hospitalisation est illégale.

¹³⁵¹ TRECHSEL analyse les mesures de sûreté en droit suisse et affirme que «Der Titel sichernde Massnahmen ist unglücklich gewählt, weil nur Art. 42 und 43 *direkt* [c'est nous qui soulignons] der Sicherung dienen, die übrigen Massnahmen dagegen therapeutisch oder doch pädagogisch ausgerichtet sind, also bessernde Massnahmen», TRECHSEL (1), p. 161. Le nouveau Code pénal suisse semble aller dans ce sens, Message du 21 septembre 1998, FF 1999 1787 ad. 213.45.

¹³⁵² BRUYN, pp. 185-205 et LEROY, pp. 509-516.

¹³⁵³ MURDOCH (1), p. 519. Ces exigences ont une origine purement jurisprudentielle.

La Cour a précisé que le terme de «recours» au sens de cette disposition ne devait pas être compris dans son acception française étroite, mais au sens large de la version anglaise qui utilise le mot «*proceeding*» et non celui d'«*appeal*», de «*recourse*» ou de «*remedy*»¹³⁵⁴.

La portée exacte de ce contrôle, consacrée définitivement dans l'affaire X c. Royaume-Uni¹³⁵⁵, peut être résumée dans la formule suivante: «rien que la légalité (ii) mais toute la légalité (i) de la privation de liberté»¹³⁵⁶.

La notion de légalité recouvre celle contenue à la let. e) al. 1 de l'art. 5 CEDH. La détention doit avoir respecté le droit interne, de forme comme de fond¹³⁵⁷ – et doit continuer à le faire – mais également avoir été conforme – et continuer à l'être – à la Convention et au but des restrictions autorisées par l'art. 5 CEDH¹³⁵⁸. Il s'agit là de la différence essentielle existant entre le respect de la légalité au sens strict, conception formaliste, limitée au respect du droit interne, et le respect de la régularité au sens large, conception qualitative qui inclut le respect de la Convention. Partant, non seulement la légalité formelle mais également la justification matérielle de l'hospitalisation doivent pouvoir faire l'objet du contrôle juridictionnel.

i) Toute la légalité

Il s'agit – ainsi que nous venons de le voir – d'un contrôle de la légalité sous l'angle du droit interne, mais également de la Convention, des principes généraux de celle-ci et des buts des restrictions autorisées à l'art. 5

¹³⁵⁴ CourEDH, affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 76.

¹³⁵⁵ La question de savoir si le contrôle prévu à l'art. 5 al. 4 CEDH devait porter également sur la justification matérielle de la détention avait déjà été soumise à la Cour dans l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas. Elle avait toutefois été laissée ouverte car la législation néerlandaise n'avait pas de portée limitée mais prévoyait le réexamen du bien-fondé de la privation de liberté, CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 68. Il convient de relever qu'aussi bien la Commission que le Gouvernement avaient répondu affirmativement à cette question, CommEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, avis du 15 décembre 1977, §§ 62-67 et 87-91.

¹³⁵⁶ KOERING-JOULIN (I), pp. 230-231.

¹³⁵⁷ CourEDH, affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002, § 41.

¹³⁵⁸ D'ailleurs la Commission avait rappelé que, pour être efficace face à des aliénés mentaux, le contrôle judiciaire de la légalité de la détention ne pouvait se limiter à un simple contrôle de la légalité formelle de la détention au regard du droit interne. A cet égard, il convient de citer les observations que les représentants de l'Australie, du Danemark, de la France, du Liban et du Royaume-Uni avaient formulées lors de la rédaction de l'art. 9 du Pacte II à propos de l'imperfection des procédures prévues ou établies par le droit interne en matière d'arrestation et de détention: «Si les mots prévue par la loi [...] répondent bien à la volonté de garantir contre les abus, il ne semble pas qu'en fait, ils y suffisent. [...] n'importe quel dictateur serait disposé à accepter un article ainsi conçu», Rapport de la 5ème Session de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, Supplément N° 10-Lake Success, mai-juin 1949, Doc. ONU E/1371, pp. 31-33; ainsi que supra, II^e Partie, section C, sous-section b).

CEDH¹³⁵⁹. A cet égard, la Cour a à maintes reprises réitéré que: «rien ne donne à penser que pour une seule et même privation de liberté le mot légalité – «*lawfulness*» dans la version anglaise – ne change de sens quand on passe de l’alinéa 1, lettre e) à l’alinéa 4»¹³⁶⁰. Dans le cas des malades mentaux hospitalisés, le contrôle de la légalité doit alors porter notamment sur les conditions de placement consacrées dans l’affaire Winterwerp c. Pays-Bas, et plus spécialement sur le contrôle de l’état d’aliénation mentale et sur la nécessité de la mesure¹³⁶¹.

L’affaire X c. Royaume-Uni¹³⁶² illustre ce qu’il faut entendre par contrôle de légalité dans le contexte de l’art. 5 al. 4 CEDH¹³⁶³.

Dans cette affaire, le mandat d’*habeas corpus* permettait au requérant de vérifier seulement si sa détention était «formellement» conforme au droit interne sans qu’il lui soit possible de contester le bien-fondé de celle-ci¹³⁶⁴. Le pouvoir d’examen de la *Divisional Court* n’était ainsi pas conforme aux

¹³⁵⁹ CourEDH affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002, § 41; CourEDH, affaire Lietzow c. Allemagne, arrêt du 13 février 2001, § 44; CourEDH, affaire Assenov Anton c. Bulgarie, arrêt du 28 octobre 1998, § 162; CourEDH, affaire Singh c. Royaume-Uni, arrêt du 15 novembre 1996, § 126; CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 57; CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt 24 juin 1984, § 48; CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 47 et CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, §§ 39 et 45.

¹³⁶⁰ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981.

¹³⁶¹ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, §§ 57-58; CommEDH, req. 6870/75, B. c. Royaume-Uni, DR 32, p. 84-85; CommEDH, req. 10213/82, Gordon c. Royaume-Uni, DR 47, p. 36; CommEDH, req. 7699/76, Medway c. Royaume-Uni et CommEDH, req. 9292/81, Ball c. Royaume-Uni. En droit suisse, un formule similaire est utilisée: «Die Prüfung muss sich auf alle jene Umstände erstrecken, die für die Beurteilung unerlässlich sind», ATF du 6 août 2001 [6A.63/2001] en la cause Z. c. canton de Zurich, consid. 1b et 1c.

¹³⁶² Dans les pays de *Common Law*, les tribunaux recourent souvent à ce qui est désigné communément comme *Prerogative Writs*, à savoir des ordonnances rendues par un tribunal supérieur à son entière discrétion. L’*Habeas Corpus* – qualifié également de «Grand recours» ou de «Rempart de la liberté individuelle» – appartient à cette catégorie d’ordonnances. Cet acte de procédure est appelé ainsi car il s’adresse à une personne qui a un autre individu sous sa garde, lui ordonnant d’amener ou de faire amener le corps de ce dernier devant le tribunal dans un but déterminé. Pour les historiens du droit, il faut se rappeler que l’*Habeas Corpus* Act, promulgué à la demande de la Couronne britannique en 1679, fut le premier texte législatif conférant des droits aux détenus. Pour en savoir plus aussi sur les *Writs of Certiorari, Mandamus, Prohibition* et *Amparo*, DAES, pp. 154-155 ainsi que Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1992/24/Add.3, du 15 juin 1992, pp. 1-7.

¹³⁶³ Voir également, supra, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 1.

¹³⁶⁴ Les tribunaux anglais (*Divisional Courts*) pouvaient contrôler si le malade était détenu régulièrement conformément aux conditions formelles stipulées par la législation sur la santé mentale, s’il existait un abus de pouvoir, si l’autorité responsable avait agi de mauvaise foi, à la légère ou dans un but illégitime, si la décision ne reposait sur aucune preuve suffisante ou si aucune personne sensée n’aurait pu prendre une telle décision dans des circonstances similaires. En dehors de ces critères exhaustifs, les tribunaux ne pouvaient revoir le bien-fondé des décisions prises, CommEDH, affaire X c. Royaume-Uni, avis du 16 juillet 1981, § 69 ainsi que CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 19.

exigences de la Convention puisqu'il ne permettait pas de déterminer si les troubles mentaux du malade persistaient et si la poursuite de l'internement s'imposait dans l'intérêt de la sécurité publique¹³⁶⁵. En d'autres termes, ce pouvoir d'examen ne portait pas sur «toute la légalité de la mesure», ce qui a amené la Cour à constater une violation de l'art. 5 al. 4 CEDH¹³⁶⁶.

En exécution de la jurisprudence X c. Royaume-Uni précitée, la Loi sur la santé mentale de 1983 a été modifiée; elle autorise désormais le MHRT (*Mental Health Review Tribunal*)¹³⁶⁷ à décider, avec un pouvoir d'examen complet, de l'éventuelle libération du patient objet d'une ordonnance de restriction¹³⁶⁸. Ce tribunal est d'ailleurs obligé de prononcer la libération conditionnelle s'il est convaincu que le malade ne souffre plus d'une des formes de troubles mentaux à l'origine de son séjour à l'hôpital ou qu'il n'est plus nécessaire, dans l'intérêt de la santé ou de la sécurité du malade ou pour la protection des autres, que celui-ci continue à subir un traitement médical¹³⁶⁹.

De la même manière mais quelques années plus tard, les autorités britanniques devront instaurer un contrôle juridictionnel des placements «informels», qui ne sont pas soumis à la Loi sur la santé mentale de 1983, pouvant porter sur la persistance du trouble mental. C'est l'enseignement de la jurisprudence H. L. c. Royaume-Uni¹³⁷⁰.

Quoi qu'il en soit, l'interprétation large de la notion de légalité trouve son tempérament dans le pouvoir d'examen exercé. La jurisprudence conventionnelle en matière de malades mentaux a été confrontée surtout à cette problématique. Peu importe d'ailleurs, puisque l'interprétation de la notion de légalité et l'ampleur du pouvoir d'examen exercé constituent les deux facettes complémentaires du contrôle juridictionnel de la légalité d'un placement forcé.

¹³⁶⁵ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 58. Aux termes de la Loi de 1959 sur la santé mentale, le Ministre de l'intérieur avait des attributions particulières quant à l'élargissement des malades assujettis à une ordonnance de restriction, à savoir quand la décision initiale d'internement était assortie des restrictions spéciales à la libération commandées par la protection du public eu égard à la nature de l'infraction et des antécédents du malade, *ibid.*, §§ 11-12.

¹³⁶⁶ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 59.

¹³⁶⁷ Dans la version française de l'arrêt, l'expression de *Mental Health Review Tribunal (MHRT)* est traduite par «Commission de contrôle psychiatrique», CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, §13. Pour éviter toute confusion avec la Commission de la Loi de la santé mentale, autorité sanitaire spéciale créée en 1983, l'expression de «Tribunal de révision des affaires de santé mentale» aurait été plus appropriée. Voir, également, *infra*, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3.

¹³⁶⁸ LOUZON, pp. 31-32; ainsi que DOURAKI (1), pp. 287-290.

¹³⁶⁹ Art. 73 al. 3 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni.

¹³⁷⁰ CourEDH, affaire H. L. c. Royaume-Uni, arrêt du 5 octobre 2004, §§ 137-142.

ii) Rien que la légalité

L'art. 5 al. 4 CEDH ne garantit pas le droit à un examen judiciaire d'une portée telle qu'il habiliterait le tribunal à substituer sur l'ensemble des aspects de la cause, des considérations d'opportunité y comprises, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Il n'en demeure pas moins qu'un tel examen doit être assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables à la régularité conventionnelle de la détention et ne pas revêtir un aspect purement marginal limité, notamment, à un éventuel abus de pouvoir de l'autorité ayant ordonné la privation de liberté¹³⁷¹. A cet égard, les auteurs du «Livre blanc» indiquent expressément que le contrôle judiciaire doit «s'assurer de l'intégralité de la procédure suivie et vérifier si les critères du placement continuent d'être remplis». A cet effet, l'organe compétent doit avoir «pleine connaissance des éléments de fait et de droit» et doit pouvoir «revoir librement la décision prise par l'autorité indépendante compétente»¹³⁷². La jurisprudence conventionnelle permet d'illustrer par des exemples concrets ce qui précède.

Dans l'affaire *X c. Royaume-Uni*¹³⁷³ – comme nous venons de le voir – les tribunaux ne pouvaient pas contrôler les preuves matérielles de l'ordonnance de restrictions¹³⁷⁴ et l'ancien Tribunal de district n'avait qu'un pouvoir consultatif¹³⁷⁵. Leur pouvoir d'examen était ainsi insuffisant aux yeux de la Convention¹³⁷⁶.

Dans l'affaire *Weeks c. Royaume-Uni*¹³⁷⁷, la Cour a conclu que la Commission de libération conditionnelle ne correspondait pas aux exigences de

¹³⁷¹ CourEDH, affaire *Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 octobre 1990, § 79; CourEDH, affaire *E. c. Norvège (1)*, arrêt du 29 août 1990, § 50; CourEDH, affaire *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 1987, § 23; CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, § 52; CourEDH, affaire *Van Droogenbroeck c. Belgique*, arrêt du 24 juin 1984, § 49; CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981, § 58; CommEDH, req. 7099/75, C. c. Royaume-Uni, rapport du 13 juillet 1983, DR 40, pp. 26-28 ainsi que *KOERING-JOULIN (1)*, pp. 230-233 et *VELU/ERGEC*, p. 306.

¹³⁷² «Livre blanc», par. 14 point 5. L'Exposé des motifs de la Recommandation N° REC(2004)10, § 181, reprend essentiellement le même concept et indique que «le tribunal devrait, en toute connaissance des faits et des questions juridiques pertinents, vérifier que toutes les exigences de procédure et tous les critères définis pour une mesure ou sa prolongation sont respectés».

¹³⁷³ CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, §§ 57-59.

¹³⁷⁵ L'art. 66 al. 6 du *Mental Health Act (1959)* du Royaume-Uni prévoit en effet que le Tribunal de district ne pouvait pas ordonner la libération du malade mais seulement donner un avis consultatif au Ministre le quel, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, pouvait ne pas le suivre. Voir aussi *DOURAKI (1)*, pp. 287-288. A cet égard, voir également, *infra*, III^e Partie, section A, sous section d), par. 3, i), 1.b).

¹³⁷⁶ CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981, § 59.

¹³⁷⁷ CourEDH, affaire *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 1987.

l'art. 5 al. 4 CEDH, notamment parce qu'elle ne pouvait pas contrôler la compatibilité de la détention avec les objectifs poursuivis par le prononcé de la peine de durée indéterminée et, partant, la légitimité de celle-ci¹³⁷⁸.

Dans l'affaire *E. c. Norvège (N° 1)*¹³⁷⁹, le requérant avait argumenté que l'ampleur du contrôle exercé par les juges sur les décisions administratives relatives aux mesures de sûreté était comparable à celui de la procédure d'*Habeas Corpus* mise en cause dans l'affaire *X c. Royaume-Uni* précitée qui avait été déclarée contraire à la Convention. En effet, les tribunaux ne pouvaient qu'examiner si la décision avait été prise de manière abusive, se fondait sur une appréciation inexacte des faits ou était manifestement déraisonnable. Ainsi, les éléments matériels et discrétionnaires à la base de la détention échappaient à tout examen¹³⁸⁰. La Cour a cependant préféré suivre l'argumentation du Gouvernement en concluant qu'un «certain» contrôle judiciaire s'exerçait néanmoins sur le respect des deux conditions essentielles à l'internement, à savoir «l'existence des facultés mentales insuffisamment développées ou durablement altérées» et «le risque de voir l'intéressé se livrer à des nouvelles infractions en raison de son état». Ce contrôle pouvait ainsi être considéré comme suffisant aux yeux de la Convention¹³⁸¹. Une telle décision se comprend sans toutefois apparaître justifiée car trop minimaliste. En effet, la Cour n'a exigé pas plus que la vérification formelle des conditions essentielles de régularité, à savoir l'état mental de l'intéressé et la persistance de sa dangerosité.

La portée du contrôle juridictionnel peut varier également en fonction de la forme de la privation de liberté examinée. Par exemple, face à un malade mental délinquant, le juge ne devra pas revoir la légalité de la condamnation, mais s'assurer de la persistance des troubles mentaux ainsi que de leur gravité¹³⁸².

La portée de ce contrôle juridictionnel peut varier également selon l'étendue des garanties contenues dans la notion autonome de régularité.

Dans l'affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*¹³⁸³, la Cour a rejeté la thèse du requérant selon laquelle, pour être régulière, une détention doit avoir lieu

¹³⁷⁸ Ibid., §§ 62-69.

¹³⁷⁹ CourEDH, affaire *E. c. Norvège (N° 1)*, arrêt du 29 août 1990.

¹³⁸⁰ Ibid., §§ 53-60.

¹³⁸¹ Ibid., §§ 54-57. La Commission avait, en revanche, conclu à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH au motif que le pouvoir d'examen des juges n'avait pas une portée suffisante. Selon la Commission, cette constatation trouvait par ailleurs confirmation dans l'absence de jurisprudence interne sanctionnant les décisions du Ministère public, CommEDH, affaire *E. c. Norvège (N° 1)*, avis du 16 mars 1989, §§ 141-143 ainsi que infra, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3.

¹³⁸² CommEDH, req. 6871/75, *Caprino c. Royaume-Uni*, DR 22, p. 6.

¹³⁸³ CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985.

dans l'établissement «le plus approprié» à l'amélioration de l'état mental de l'intéressé. Conséquente, elle a aussi refusé que le contrôle de la légalité porte sur cet aspect¹³⁸⁴. Les modalités d'exécution de l'internement devraient néanmoins pouvoir être revues¹³⁸⁵.

L'exigence selon laquelle «une voie de recours doit exister avec un degré suffisant de certitude» est indirectement liée au pouvoir d'examen. Si cette exigence n'est pas respectée clairement, les principes d'accessibilité et d'effectivité requis par l'art. 5 al. 4 CEDH font défaut¹³⁸⁶. En d'autres termes, à la lumière du droit interne et/ou de l'évolution de la jurisprudence, le contrôle de «légalité» doit présenter l'ampleur nécessaire pour assurer les principes précités¹³⁸⁷.

Dans l'affaire E. c. Norvège (N° 1)¹³⁸⁸, le requérant prétendait que la voie de recours juridictionnel pour contester le placement dont il était victime était inappropriée. En effet, aucune décision ordonnant un tel placement n'avait été examinée et/ou annulée par les tribunaux¹³⁸⁹. Contrairement à la Commission qui avait épousé les argumentations du requérant¹³⁹⁰, la Cour n'a donné gain de cause à ce dernier qu'en constatant que la décision juridictionnelle n'avait pas été prise dans le «bref délai» de l'art. 5 al. 4 CEDH¹³⁹¹. Les autres griefs ont été rejetés avec fermeté. Ainsi, la Cour a choisi à nouveau un terrain bien plus sûr de par sa «technicité»¹³⁹², en évitant une ingérence délicate dans l'application du droit interne. L'absence de jurisprudence interne établie sur l'utilisation de la voie de recours à disposition du requérant ne l'a pas gênée dans sa décision. Et pourtant, par le passé, la Cour avait eu l'occasion de rappeler que pour qu'une voie de recours soit effective¹³⁹³, celle-ci doit exister notamment avec un degré suffisant de certitude, en

¹³⁸⁴ Ibid., § 52; ainsi que supra, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 2, iv).

¹³⁸⁵ Ibid., *in fine* et *a contrario*.

¹³⁸⁶ CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, § 54 ainsi que CommEDH, req. 6871/75, Caprino c. Royaume-Uni, DR 22, p. 23.

¹³⁸⁷ Ibid., ainsi que CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990, §§ 139-140.

¹³⁸⁸ CourEDH, affaire E. c. Norvège, arrêt du 29 août 1990.

¹³⁸⁹ En cas de placement régi par la Loi de santé mentale, l'art. 33 du Code de procédure civile norvégien prévoyait une voie de recours spéciale, dont l'efficacité n'était pas contestée. Lors d'un internement psychiatrique relevant du Code pénal, comme dans le cas d'espèce, la voie de recours, encore incertaine, était réglée par l'art. 30 du Code de procédure civile, *ibid.*, §§ 30 et 40-45.

¹³⁹⁰ CommEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), avis du 16 mars 1989, §§ 141-144.

¹³⁹¹ Sur la notion de «bref délai» et son application, *infra*, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 2.

¹³⁹² Aussi CourEDH, affaire Koendjibiharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, § 27.

¹³⁹³ CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, § 51.

pratique comme en théorie, ce qui exige une jurisprudence établie relative à son application¹³⁹⁴.

L'affaire E. c. Norvège (N° 1) précitée ne constitue malheureusement pas un exemple isolé. Aucune preuve d'effectivité n'a non plus été exigée dans l'affaire Keus c. Pays-Bas¹³⁹⁵ où le Gouvernement avait déclaré que le requérant aurait pu engager une procédure en référé pour demander son élargissement. Cet argument était pour le moins surprenant, car devant la Commission, le Gouvernement avait reconnu que l'intéressé ne pouvait pas faire examiner par un tribunal la question de son maintien en détention. De plus, à la date de la requête, à savoir quatre ans auparavant, la jurisprudence nationale n'était pas suffisamment claire sur l'existence d'un tel moyen¹³⁹⁶. La Cour, visiblement pressée de conclure, n'a même pas soulevé cette contradiction¹³⁹⁷. Et encore, dans l'affaire Koendjbiharie c. Pays-Bas¹³⁹⁸, elle a eu recours à l'échappatoire du non-respect du «bref délai»¹³⁹⁹.

Cette manière de faire est regrettable. S'il est compréhensible que la Cour ne veuille pas s'immiscer dans l'interprétation du droit interne, la recherche d'un standard européen de protection des droits de l'homme ne peut pas être sacrifié sur l'autel de l'exigence de statuer *in concreto* en sauvegardant le marge d'appréciation étatique¹⁴⁰⁰. De cette manière, le fardeau de la preuve du caractère effectif du recours qui est à charge de

¹³⁹⁴ CourEDH, affaire De Jong, Baljet et Van Den Brink c. Pays-Bas, arrêt du 22 mai 1984, § 39. Dans l'affaire Aerts c. Belgique, une seule décision jurisprudentielle sur l'existence du recours ouvert en droit interne au requérant a toutefois été suffisante pour conclure que ledit recours répondait aux exigences de l'art. 5 al. 4 CEDH, CourEDH, affaire Aerts c. Belgique, arrêt du 30 juillet 1998, § 55.

¹³⁹⁵ CourEDH, affaire Keus c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990.

¹³⁹⁶ Ibid., § 28; ainsi que l'opinion dissidente commune des Juges RYSSDAL, PETTITI, BERNHARDT et SPIELMANN. La Commission avait conclu à l'unanimité la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH, CommEDH, affaire Keus c. Pays-Bas, avis du 4 octobre 1989, §§ 65-68.

¹³⁹⁷ La Cour a peut-être été influencée par l'argumentation du requérant qui avait reconnu l'existence de cette voie de recours. De toute manière, ladite voie de recours était en l'occurrence inutile puisque le requérant avait décidé de retourner à la clinique et de se plier à l'ordonnance de réintégration, CourEDH, affaire Keus c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, § 28.

¹³⁹⁸ CourEDH, affaire Koendjbiharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990.

¹³⁹⁹ Ibid., §§ 26-31, tandis que la Commission était parvenue, toujours à l'unanimité, à la même conclusion que dans l'affaire Keus, à savoir que le seul recours auprès du Ministre de la justice n'était pas suffisant aux yeux de l'art. 5 al. 4 CEDH, CommEDH, affaire Koendjbiharie c. Pays-Bas, avis du 12 octobre 1989, § 72 ainsi que CommEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, avis du 12 juillet 1989, § 53, où la Commission avait rejeté la thèse selon laquelle la possibilité d'engager une procédure en référé devant le Président du Tribunal d'arrondissement suffisait à satisfaire les exigences d'une révision au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH.

¹⁴⁰⁰ Il s'agit d'un cas d'application de la dichotomie entre ce qu'en anglais on désigne de «*Judicial activism*» et «*Judicial self restraint*». Sur cette problématique, toujours d'actualité, MORRISSON, surtout aux pp. 3-29; MAHONEY, pp. 57-89 et FINLAY, pp. 499-507.

l'Etat¹⁴⁰¹ est en quelque sorte renversé par la présomption, dans les faits presque irréfragable, de l'adéquation des voies de recours¹⁴⁰².

Ce manque de rigueur dans le raisonnement juridique de la Cour demeure critiquable, même si la sagesse du praticien pourrait objecter que l'essentiel consiste au fond à obtenir une décision constatant la violation de la Convention sans égard à la disposition qui est effectivement violée¹⁴⁰³.

Quoi qu'il en soit, en droit interne, l'organe compétent pour contrôler la légalité de l'hospitalisation procède en principe à un examen judiciaire d'une portée supérieure à ce qui est exigé par la jurisprudence conventionnelle. La plupart du temps, les juridictions saisies examinent de façon approfondie le bien-fondé de l'internement et recourent à des mesures de vérifications sérieuses, notamment en exigeant de nouvelles expertises objectives.

Tel est par exemple le cas en France¹⁴⁰⁴, où par ailleurs il est possible de faire appel contre la décision du tribunal d'ordonner une nouvelle expertise psychiatrique¹⁴⁰⁵. En Italie, il appartient au Tribunal de district de décider de la légalité de l'hospitalisation avec un pouvoir de cognition complet sur la base des informations et des expertises qu'il jugera nécessaires¹⁴⁰⁶.

A Genève, le Conseil de surveillance psychiatrique, en tant qu'organe de recours en matière de rejet d'une requête de libération¹⁴⁰⁷, ainsi que la Cour de justice, en qualité de deuxième autorité de recours¹⁴⁰⁸, jouissent d'un plein pouvoir d'examen. Le Conseil de surveillance psychiatrique étant un organe juridictionnel au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH¹⁴⁰⁹, il y a un double contrôle complet de la légalité de la détention. En effet, quand bien même le législateur n'a pas précisé les critères devant être pris en considération par la Cour de justice, il ressort implicitement des textes et de la jurisprudence que cette dernière a le pouvoir et le devoir de vérifier si le Conseil de surveillance psychiatrique a fait un usage correct de ses attributions et s'il a respecté le

¹⁴⁰¹ CourEDH, affaire De Jong, Baljet et Van Den Brink c. Pays-Bas, arrêt du 22 mai 1984, § 39; CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, §§ 54-56 et CourEDH, affaire Deweer c. Belgique, arrêt du 27 février 1980, §§ 26 *in fine* et 32 *in fine*.

¹⁴⁰² Pour une critique, aussi TRECHSEL (5), p. 325.

¹⁴⁰³ Dans ce sens, HARDING (4), pp. 1094-1096.

¹⁴⁰⁴ Art. L.351 de la Loi française N° 90-257 du 27 juin 1990 ainsi que CommEDH, req. 14438/88, Boucheras et Groupe information asiles c. France, DR 69, p. 237, où la Commission avait déclaré la requête manifestement mal fondée car la demande de sortie immédiate avait été examinée conformément aux exigences de l'art. 5 al. 4 CEDH.

¹⁴⁰⁵ Art. 272 du Code de procédure civile français.

¹⁴⁰⁶ Art. 4 et 5 de la Loi italienne N° 180 ainsi que LOUZOUN, pp. 132-133 et 142-143 ainsi que PIZZI, pp. 22-30

¹⁴⁰⁷ Art. 18 al. 1 let. j) et 30 de la Loi genevoise K 1 25.

¹⁴⁰⁸ Art. 20 al. 3 *ibid.*, ainsi que les art. 30 et 35 A de la Loi genevoise de procédure civile E 305.

¹⁴⁰⁹ Sur cette problématique, *infra*, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3.

but de la loi. En aucun cas son pouvoir de cognition ne doit se limiter à l'arbitraire¹⁴¹⁰. De plus, le malade pourra toujours interjeter recours auprès du Tribunal fédéral pour violation du droit fédéral¹⁴¹¹ ou, subsidiairement, pour violation des droits constitutionnels¹⁴¹². Le pouvoir d'examen de notre instance suprême est entier en ce qui concerne le droit, quand bien même les faits sont considérés comme établis.

En ce qui concerne le contrôle de l'état mental de l'intéressé, la jurisprudence procède à une distinction fort ingénieuse. Si la constatation, fondée sur une expertise, qu'un individu est atteint d'une maladie mentale relève du domaine des faits soustraits, sous réserve d'arbitraire, au contrôle du TF, l'appréciation de la portée de cette constatation relève du domaine du droit et, partant, est soumise au libre pouvoir d'examen de cette juridiction¹⁴¹³. L'ampleur du contrôle de la légalité de la détention d'un malade mental en Suisse, et plus particulièrement à Genève apparaît ainsi, du moins formellement, conforme aux exigences conventionnelles étant même plus étendue que celles-ci.

Précédemment, nous avons vu qu'une grande partie des législations nationales prévoient plus d'une voie de droit pour contester la décision initiale d'hospitalisation. Il en va souvent de même, nous venons de l'examiner, pour le contrôle périodique¹⁴¹⁴. Face à une pluralité des remèdes, il est légitime de s'interroger sur la portée du contrôle conventionnel.

Selon sa jurisprudence constante, la Cour reconnaît «pleinement la nécessité d'une vue globale du système car les lacunes d'une certaine procédure peuvent être comblées par les garanties qu'en offrent d'autres»¹⁴¹⁵.

¹⁴¹⁰ Par le passé, le TF avait considéré comme contraire au droit la pratique de la Cour de justice qui, saisie d'un recours contre une décision d'internement, limitait son pouvoir d'examen à l'arbitraire alors que ce dernier, à rigueur des textes légaux, était libre, ATF du 29 avril 1982 [P.19/1982] en la cause A. c. canton de Genève, consid. 2a et 2b, ainsi que WEBER, p. 57 et SCHMIDT, pp. 521-533 qui pose les principes généraux.

¹⁴¹¹ Il s'agit du recours en réforme. La privation de liberté à des fins d'assistance est une compétence concurrente non limitée aux principes. La Confédération a réglementé dans le Chapitre VI du Titre X^e du Code civil suisse les motifs de privation de liberté dans ce domaine en déléguant par ailleurs aux cantons le soin de légiférer sur la procédure. En cas de violation par le droit cantonal de la législation fédérale, seul le recours en réforme est recevable, art. 43 et ss de la Loi fédérale d'organisation judiciaire, RS 173.110

¹⁴¹² Il s'agit du recours de droit public qui est subsidiaire au recours en réforme. En effet, une hospitalisation forcée illégitime non seulement viole les principes de droit fédéral, mais constitue également une ingérence grave et inconstitutionnelle dans le droit à la liberté du malade, art. 83-96 de la Loi fédérale d'organisation judiciaire RS 173.110.

¹⁴¹³ ATF 128 III 12 consid. 3 et 4. En Belgique, il en va différemment en présence d'un délinquant malade mental. En effet, la Cour de cassation belge n'a pas le pouvoir de vérifier si le prévenu se trouve ou non dans un des états d'instabilité mentale décrits par l'art. 1 de la Loi belge de défense sociale de 1964 (Cass. b., 17 juin 1968, P., 1968, I, 1191).

¹⁴¹⁴ Supra, III^e Partie, section A, sous-section C, par. 1, ii) et par. 2.

¹⁴¹⁵ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 60; ainsi que *mutatis mutandis* CourEDH, affaire Curley c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mars 2000, § 31; CourEDH, affaire

Tel n'avait pas été le cas dans l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas¹⁴¹⁶ où la possibilité de recourir auprès du Tribunal d'arrondissement contre la décision du Procureur ne pouvait pas être adéquate, ce dernier décidant seul de l'opportunité du recours¹⁴¹⁷.

Dans l'affaire X c. Royaume-Uni¹⁴¹⁸, le Gouvernement affirmait que l'intéressé, en sus de l'*Habeas Corpus*, avait le choix entre quatre moyens pour amener le Ministre de l'intérieur à examiner la légitimité du maintien en détention: le médecin traitant pouvait préconiser l'élargissement, un parlementaire et/ou le malade en personne pouvaient intervenir auprès du Ministre et le Tribunal de district pouvait être saisi. La Cour a néanmoins estimé que les trois premiers moyens n'équivalaient pas à un contrôle de la part d'un organe indépendant – judiciaire ou administratif – et que le Tribunal de district ne remplissait pas les conditions d'un «tribunal» au sens de la Convention¹⁴¹⁹.

Il est légitime d'en déduire qu'en ce qui concerne en particulier l'étendue du pouvoir de contrôle de légalité exigé, un système consistant en une première instance juridictionnelle apte à revoir les faits et le droit combiné avec la saisine d'une deuxième instance, jouissant d'un pouvoir d'examen limité au droit, serait un système compatible avec la Convention. Tel serait le cas nonobstant la jurisprudence conventionnelle qui impose que l'Etat, instaurant un double degré de juridiction pour l'examen d'une demande d'élargissement, accorde «en principe les mêmes garanties en appel qu'en première instance»¹⁴²⁰. Cette jurisprudence ne signifie pas que les deux instances doivent exercer le même pouvoir de contrôle. A cet égard, les exigences conventionnelles demeurent minimalistes. La Cour se protège par le biais de l'expression «en principe» et la jurisprudence précitée, pour l'instant, concerne surtout la jouissance des garanties procédurales essentielles comme le droit d'être entendu et d'être assisté d'un avocat¹⁴²¹ et non pas le pouvoir d'examen de l'autorité saisie. Si les organes conventionnels peuvent fermer

Hussein c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996 § 61; CourEDH, affaire Singh c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, § 69; CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 69 et CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 62.

¹⁴¹⁶ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979.

¹⁴¹⁷ Ibid., § 63.

¹⁴¹⁸ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981.

¹⁴¹⁹ Ibid., § 61; sur cette notion, infra, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3.

¹⁴²⁰ CourEDH, affaire Toth c. Autriche, arrêt du 12 décembre 1991, § 84; voir, entre autres, *mutatis mutandis*, CourEDH, affaire Ekbatani c. Suède, arrêt du 26 mai 1988, § 24 et CourEDH, affaire Delcourt c. Belgique, arrêt du 17 janvier 1970, § 25. Sur l'application de l'art. 5 al. 4 CEDH en procédure d'appel, CourEDH, affaire Bouamar c. Belgique, arrêt du 29 février 1988, § 62 et CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, § 34;

¹⁴²¹ Dans l'affaire Toth, par exemple, la Cour d'appel s'était prononcée sur le recours du requérant sans avoir convoqué ni entendu celui-ci ou son avocat, CourEDH, affaire Toth c. Autriche, arrêt du 12 décembre 1991, § 83.

un œil sur une procédure d'appel avec un pouvoir d'examen plus restreint, ils ne toléreront pas que l'absence des remparts procéduraux essentiels vide cette dernière de sa substance¹⁴²².

En bref, d'après la Convention la portée du contrôle judiciaire exigé par l'art. 5 al. 4 CEDH doit être suffisamment ample afin que soit examinée la justification matérielle de l'hospitalisation. Cependant, le pouvoir d'examen exercé avec une grande retenue par la Cour limite, parfois au delà de ce qui serait souhaitable, le contrôle strasbourgeois. Si nous devons reconnaître que les législations nationales deviennent de plus en plus avant-gardistes, il convient de relever qu'il est toutefois difficile de concilier l'exigence d'une vérification approfondie de la légitimité du placement et de son maintien avec celle tout aussi impérative de statuer dans un bref délai.

2) Le «bref délai» pour statuer

L'art. 5 al. 4 CEDH impose à l'organe national compétent de statuer dans un «bref délai»¹⁴²³. Les textes internationaux n'évoquent pas expressément cette obligation¹⁴²⁴. Elle s'impose, néanmoins, *ipso jure*. En effet, une procédure de contrôle juridictionnel ne saurait être effective et adéquate au but recherché – à savoir la libération du malade dès que l'amélioration de son état mental le permet – si ce malade devait attendre pendant des mois le prononcé d'une décision. A cet égard, la période qui doit être prise en compte pour calculer la durée de la procédure de contrôle juridictionnel (i) et des critères, tels que la complexité de la cause, le comportement de l'intéressé ainsi que de l'autorité (ii), sont déterminants. La casuistique jurisprudentielle donne ensuite le ton (iii).

i) La période à prendre en considération

La notion de «bref délai» ne se définit pas *in abstracto*; elle doit s'apprécier *in concreto* à la lumière des circonstances de chaque affaire¹⁴²⁵.

¹⁴²² Sur les garanties procédurales dont un malade mental doit bénéficier lors d'une procédure de recours juridictionnel, *infra*, III^e Partie, section B.

¹⁴²³ Dans le même sens, art. 9 al. 4 du Pacte II et 7 al. 6 CADH, respectivement, NOWAK, pp. 178-180, ainsi que NIKKEN, pp.101-102.

¹⁴²⁴ Les art. 8 de la Recommandation N°R (83) 2, 7 al. i) let. c) de la Recommandation (1235) 1994; les principes 17 des Principes des Nations Unies et 7 et 8 des Dix Principes de l'OMS n'évoquent pas l'obligation de statuer dans un bref délai. Les auteurs du «Livre blanc» l'abordent mais sans donner de détails, «Livre blanc», point 14, par. 1. Il en va de même pour la Recommandation N° REC(2004)10 qui, à l'art. 25 al. 6, se borne à rappeler que la décision devrait être prise dans des «délais brefs».

¹⁴²⁵ CourEDH, affaire Laidin c. France, arrêt du 5 novembre 2002, § 28; CourEDH, affaire Delbec c. France, arrêt du 18 juin 2002, § 33; CourEDH, affaire G.B. c Suisse, arrêt du 30 novembre 2000, § 33; CourEDH, affaire Sanchez-Reiss c. Suisse, arrêt du 21 octobre 1986, § 55; ainsi que

Le point de départ devant être pris en considération se situe en principe à la date de la saisine de l'organe juridictionnel appelé à statuer¹⁴²⁶. Toutefois, si la procédure judiciaire comporte une phase administrative préalable, c'est la date de la saisine de l'organe administratif qui entre en ligne de compte¹⁴²⁷. Tel est notamment le cas en Italie où c'est d'abord auprès du Maire que le malade mental doit déposer sa demande de révocation ou de modification d'une décision imposant ou prolongeant le traitement obligatoire. Ce n'est que par la suite que le Président du Tribunal de district compétent pourra infirmer ou confirmer la décision du Maire¹⁴²⁸. *A fortiori*, lors d'un contrôle périodique automatique, le délai commence à courir dès la première démarche nécessaire au déclenchement de la procédure de contrôle¹⁴²⁹. Si une autorité se déclare incompétente pour statuer, c'est le jour de sa saisine qui constitue le *dies a quo*¹⁴³⁰. Il en va de même lorsque le contrôle s'exerce à la requête du malade mental.

La fin du délai devrait coïncider avec le jour du prononcé de la décision finale définitive¹⁴³¹. Si plusieurs juridictions peuvent être saisies, la décision finale sera celle de dernière instance¹⁴³². Lorsqu'il existe un double degré de

CommEDH, req. 7648/76, Christinet c. Suisse, DR 17, p. 46; CommEDH, req. 9174/80, Zamir c. Royaume-Uni, DR 40, p.79 et CommEDH, req. 11531/85, A. c. Suède, DR 53, p. 159. La Commission considèrerait néanmoins qu'il devait être présumé que certaines voies de recours n'étaient pas rapides, CommEDH, Kolompar c. Belgique, avis du 26 février 1991, § 73.

¹⁴²⁶ CourEDH, affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni, arrêt du 20 février 2003 § 75; CourEDH, affaire Delbec c. France, arrêt du 18 juin 2002, § 32; CourEDH, affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002, § 43; CommEDH, req. 27613/95, B. P. c. Suisse, § 56. Parfois, le début de la période en cause dépend de la date de la déclaration de l'Etat défendeur reconnaissant la juridiction de la Cour européenne, CourEDH affaire Musial c. Pologne, arrêt du 25 mars 1999, § 44.

¹⁴²⁷ CourEDH, affaire Sanchez-Reiss c. Suisse, arrêt du 21 octobre 1986, § 54; ainsi que CourEDH, affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 76; VELU/ERGEC, p. 307; TRECHSEL (5), p. 330 ainsi que EISSEN, p. 7.

¹⁴²⁸ Art. 4 et 5 de la Loi italienne N° 180; ainsi que LOUZON, p. 133 et PIZZI, pp. 22-30.

¹⁴²⁹ CourEDH, affaire Koendjibharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, § 28, dans laquelle la Cour a calculé le délai à compter de la date de la requête du Procureur général auprès de la Cour d'appel de La Haye de prolonger le placement, *ibid.*, § 12. La Cour peut même prendre en compte les périodes écoulées avant que la procédure n'ait démarré. Dans ce cas, la garantie de l'accès à un tribunal se confond avec la garantie que ce tribunal, une fois saisi, statue à bref délai, CourEDH, affaire de Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas, arrêt du 22 mai 1987, § 58.

¹⁴³⁰ CourEDH, affaire Laidin c. France, arrêt du 5 novembre 2002, § 25. Dans l'affaire Laidin c. France, la requérante avait déposé sa demande de mise en liberté devant le Procureur, autorité incompétente. Le jour du dépôt, et non celui de la transmission de la demande au Tribunal compétent pour statuer, a été considéré comme le point de départ pour le calcul du bref délai. Déjà dans l'affaire Luberti c. Italie, la Cour avait considéré le jour de la saisine de la Section de surveillance de Rome, qui s'était déclarée ensuite incompétente, comme point de départ, CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, § 34.

¹⁴³¹ CourEDH, affaire Delbec c. France, arrêt du 18 juin 2002, § 36; CourEDH, affaire Musial c. Pologne, arrêt du 25 mars 1999, § 44; CommEDH, req. 27613/95, B. P. c. Suisse, § 56 ainsi que EISSEN, p. 12.

¹⁴³² CourEDH, affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni, arrêt du 20 février 2003, § 77.

juridiction, le malade mental doit en principe pouvoir bénéficier des mêmes garanties¹⁴³³. En effet, «l'obligation de statuer à bref délai [...] s'impose à tous les tribunaux appelés à contrôler la légalité d'une mesure de détention»¹⁴³⁴. Dans ce cas, les organes conventionnels accepteront, cependant, un délai plus long que s'il n'y avait qu'une seule instance¹⁴³⁵.

Dans un souci de meilleure protection du patient psychiatrique, il serait parfois préférable de considérer systématiquement comme fin du délai le moment où l'intéressé – ou son conseil – prend connaissance du résultat final de la procédure de contrôle¹⁴³⁶. Parfois, la date de la libération effective de l'intéressé doit constituer le *dies ad quem*¹⁴³⁷.

Dans l'affaire Luberti c. Italie¹⁴³⁸, la Cour n'a toutefois pas pris en considération les onze jours qui s'étaient écoulés entre la décision de mise en liberté et son exécution¹⁴³⁹. De même que dans l'affaire Herczegfalvy c. Autriche¹⁴⁴⁰, quinze jours s'étaient écoulés entre la décision du tribunal et la libération effective du requérant et la Cour n'en a pas fait mention¹⁴⁴¹. Ces décisions n'apparaissent toutefois pas inquiétantes. Elles avaient été motivées par l'existence d'une violation de l'art. 5 al. 4 CEDH indépendamment de la prise en compte de ces jours. Plus récemment, dans l'affaire Laidin c. France¹⁴⁴², la Cour a considéré que ce n'était pas le jour où la requérante avait été libérée à l'essai mais le jour, bien ultérieur, de la levée définitive de la mesure qui coïncidait avec la fin du délai¹⁴⁴³.

¹⁴³³ CourEDH, affaire G. B. c. Suisse, arrêt du 30 novembre 2000, § 38; CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, § 34; CourEDH, affaire Toth c. Autriche, arrêt du 12 décembre 1991, § 84 ainsi que la jurisprudence citée par TRECHSEL (5), p. 332.

¹⁴³⁴ CommEDH, affaire Luberti c. Italie, avis du 6 mai 1982, § 67.

¹⁴³⁵ CourEDH, affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni, arrêt du 20 février 2003, § 77 et CourEDH, affaire G. B. c. Suisse, arrêt du 30 novembre 2000, § 38.

¹⁴³⁶ CourEDH, affaire Koendjbiharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, § 28.

¹⁴³⁷ CommEDH, req. 9174/80, Zamir c. Royaume-Uni, DR 40, pp. 79-80.

¹⁴³⁸ CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984.

¹⁴³⁹ Ibid., § 36. Le requérant avait intenté diverses procédures de mise en liberté: auprès de la Section de surveillance de Naples et de Rome, auprès de la Cour de cassation et, enfin, de la Cour d'appel de Rome. Selon la Cour, la Section de surveillance de Naples avait respecté l'exigence de célérité – *contra* la Commission, CommEDH, affaire Luberti c. Italie, avis du 16 juillet 1980, §§ 76-77 – et ce nonobstant l'écoulement d'onze jours entre la décision de libération et son exécution. Cependant, la Cour a constaté le dépassement du bref délai en raison des retards excessifs devant les instances romaines, en particulier auprès de la Section de surveillance de Rome qui avait mis plus d'un an et demi pour se déclarer incompétente, CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 5 novembre 1981, §§ 36 et 37 ainsi que §§ 13-15.

¹⁴⁴⁰ CourEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, arrêt du 24 septembre 1992.

¹⁴⁴¹ La Cour a concentré ses considérants sur le respect de l'intervalle raisonnable du contrôle périodique, *ibid.*, § 75 *in fine*. La Commission, en revanche, avait calculé ces quinze jours, CommEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, avis du 1^{er} mars 1990, § 239.

¹⁴⁴² CourEDH, affaire Laidin c. France, arrêt du 5 novembre 2002.

¹⁴⁴³ Ibid., § 26.

Elle a démontré ainsi sa sensibilité à une évolution vers une portée large de la période devant être prise en considération selon les exigences conventionnelles. Le législateur hongrois semble par ailleurs avoir été conscient de cette problématique, puisque la loi prévoit que le patient doit être libéré dans les vingt-quatre heures à compter du moment où la décision a été rendue¹⁴⁴⁴.

En règle générale, l'impératif de statuer dans un bref délai doit être respecté même si l'intéressé est en fuite¹⁴⁴⁵. Tel ne devrait toutefois pas être le cas si l'absence de celui-ci rend difficile, voire impossible, à l'autorité compétente de statuer en connaissance de cause dans un laps de temps raisonnablement court¹⁴⁴⁶.

Le contrôle conventionnel de la célérité de la procédure portera également sur la période pendant laquelle le malade est introuvable. La Commission en avait en tout cas décidé ainsi dans l'affaire Koendjibharie c. Pays-Bas¹⁴⁴⁷. Il est vrai que, d'autre part, dans l'affaire Van der Leer c. Pays-Bas¹⁴⁴⁸, la Commission avait considéré que la période passée par la requérante hors de la clinique après son évasion ne devait pas être prise en compte pour juger de la brièveté du délai dans lequel le contrôle de la légalité était intervenu¹⁴⁴⁹. Cette apparente contradiction peut toutefois être expliquée. Dans l'affaire Van der Leer c. Pays-Bas, la requérante, après sa fuite, avait bénéficié d'une décision de libération sans condition; tandis que dans l'affaire Koendjibharie c. Pays-Bas, le placement du requérant avait été prolongé, raison pour laquelle la période pendant laquelle celui-ci était illégalement en liberté devait également être prise en considération¹⁴⁵⁰.

Le fardeau de la preuve de la célérité de la procédure est à la charge de l'Etat défendeur¹⁴⁵¹. Cela explique en partie pourquoi la Cour, dans la majorité des cas, commence par établir une appréciation *prima facie* considérant une période déterminée comme «malaisée à concilier avec la notion de célérité»¹⁴⁵²,

¹⁴⁴⁴ Art. 35F al. 4 de la Loi de Hongrie N° 87 de 1994.

¹⁴⁴⁵ CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990, § 35.

¹⁴⁴⁶ CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, §§ 35-36. Du fait de la fuite de l'intéressé, les instances de Rome avaient dû suspendre *sine die* l'examen de la requête en attendant le retour de celui-ci pour le soumettre à des nouveaux examens psychiatriques.

¹⁴⁴⁷ CommEDH, Koendjibharie c. Pays-Bas, avis du 12 décembre 1989, § 67. La Cour, de son côté, a conclu à la violation de l'exigence du bref délai sans toutefois mentionner que le requérant était en fuite, CourEDH, affaire Koendjibharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, § 29.

¹⁴⁴⁸ CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990.

¹⁴⁴⁹ CommEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, avis du 18 juillet 1988, § 117.

¹⁴⁵⁰ CommEDH, affaire Koendjibharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, § 67.

¹⁴⁵¹ CourEDH, affaire Eckle c. Allemagne, arrêt du 15 juillet 1982, § 80; CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, § 34 ainsi que VELU/ERGEC, p. 442.

¹⁴⁵² CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990, § 64.

qui «frappe d’emblée par sa longueur»¹⁴⁵³ ou qui «est de prime abord excessive et incompatible avec la notion de bref délai»¹⁴⁵⁴. Il incombe ensuite à l’Etat défendeur de fournir «les motifs exceptionnels»¹⁴⁵⁵ qui pourraient justifier les retards constatés.

A cet égard, la Cour se livre à une appréciation globale objective, dont le point de départ reste néanmoins l’appréciation du requérant¹⁴⁵⁶. S’il y a plusieurs instances de contrôle, l’appréciation globale suit l’examen séparé de chaque procédure individuelle¹⁴⁵⁷. Les Etats doivent organiser leur système judiciaire de manière à permettre aux tribunaux de respecter cette exigence conventionnelle¹⁴⁵⁸. La décision finale ne dépend pas d’une analyse rigoureuse des délais écoulés devant chaque juridiction; ce qui est déterminant est le fait de savoir si les autorités ont assuré de manière concrète et effective, et non pas théorique et illusoire, le droit de l’intéressé à obtenir une décision dans un bref délai¹⁴⁵⁹.

La notion de «bref délai» est une notion à contenu variable. De la casuistique jurisprudentielle se dégagent certains critères qui sont utilisés lors de l’appréciation globale précitée et qui permettent une ébauche d’uniformisation. Ces critères ont été établis sur la base de ceux permettant de décider si le délai raisonnable imposé par l’article 6 CEDH a été respecté ou non¹⁴⁶⁰.

ii) *Les critères*

Lors de son appréciation globale, la Cour étudie la complexité de l’affaire, le contexte et l’enjeu de celle-ci pour l’intéressé, le comportement des autorités

¹⁴⁵³ CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, § 34; CourEDH, affaire Koendjibiarie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, § 29 et CourEDH, affaire Musial c. Pologne, arrêt du 25 mars 1999, § 44.

¹⁴⁵⁴ CourEDH affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002, § 45.

¹⁴⁵⁵ Ibid.

¹⁴⁵⁶ CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, § 33.

¹⁴⁵⁷ Ibid.; CourEDH affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni, arrêt du 20 février 2003, § 77; CourEDH affaire Rutten c. Pays-Bas, arrêt du 24 juillet 2001, § 53; CourEDH, affaire G. B. c. Suisse, arrêt du 30 novembre 2000, § 38 et CourEDH, affaire Navarra c. France, arrêt du 27 octobre 1993, § 28.

¹⁴⁵⁸ CourEDH, affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni, arrêt du 20 février 2003 § 77; CourEDH, affaire G. B. c. Suisse, arrêt du 30 novembre 2000, § 38 *in fine* et CourEDH, affaire R. M. D. c. Suisse, arrêt du 26 septembre 1997, § 54.

¹⁴⁵⁹ CourEDH, affaire G. B. c. Suisse, arrêt du 30 novembre 2000, § 38; CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, § 69 et CourEDH, affaire Artico c. Italie, arrêt du 13 mai 1981, § 33.

¹⁴⁶⁰ A ce propos, notamment VELU/ERGEC, pp. 441-450.

ainsi que celui du requérant ou de son conseil¹⁴⁶¹. Aucun des ces éléments n'est décisif en lui-même. Les organes conventionnels les confrontent et/ou les combinent pour accorder en fonction du cas d'espèce plus ou moins de poids à l'un par rapport aux autres. En paraphrasant EISSEN, pareil travail, délicat de dosage, ne laisse pas de créer un certain danger de flottements, voire de contradictions; les juges conventionnels risquent ainsi de passer tantôt pour indulgents à l'excès, tantôt pour trop sévères¹⁴⁶².

L'enjeu et le contexte de l'affaire sont toujours les mêmes, à savoir l'obtention de la fin d'une détention qui ne se justifie plus ou la prolongation d'une hospitalisation encore nécessaire.

La gravité de l'enjeu est directement proportionnelle à la longueur du placement déjà subi par le patient ainsi qu'à la durée estimée d'une éventuelle prolongation. La Commission avait en effet rappelé que lorsque la liberté de l'individu est en cause, l'Etat doit faire en sorte que la procédure se déroule en un minimum de temps¹⁴⁶³.

La complexité de l'affaire dépend de l'épaisseur du dossier médical – et judiciaire pour le délinquant malade mental – ainsi que de la nécessité de procéder à l'administration de nouvelles expertises¹⁴⁶⁴.

Dans l'affaire *E. c. Norvège* (N° 1)¹⁴⁶⁵, la Cour a affirmé qu'un délai plus long doit être accepté dans les affaires où les autorités internes doivent ordonner des mesures d'investigation complexes et, notamment, des expertises psychiatriques¹⁴⁶⁶. Si le requérant refuse de coopérer avec les experts chargés de l'examiner, ces autorités ne sauraient être tenues pour responsables du retard¹⁴⁶⁷. Dans l'affaire *Musial c. Pologne*¹⁴⁶⁸, la Cour a néanmoins répété que la complexité des questions médicales en jeu, bien qu'elle puisse être un facteur pertinent pour apprécier le respect des exigences de l'art. 5 al. 4 CEDH, ne saurait à elle seule dispenser les autorités nationales de se conformer à leur

¹⁴⁶¹ Pour un aperçu général de l'application conventionnelle de ces critères, EISSEN, pp. 19-28 ainsi que CourEDH, affaire *Magalhaes Pereira c. Portugal*, arrêt du 26 février 2002, §§ 40-50 et CourEDH, affaire *Musial c. Pologne*, arrêt du 25 mars 1999, §§ 46-53.

¹⁴⁶² EISSEN, p. 40.

¹⁴⁶³ CommEDH, req. 9174/80, *Zamir c. Royaume-Uni*, DR 40, p. 79.

¹⁴⁶⁴ CourEDH, affaire *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, arrêt du 20 février 2003, § 76; CourEDH, affaire *Musial c. Pologne*, arrêt du 25 mars 1999, § 47; CourEDH, affaire *Koendjibiarie c. Pays-Bas*, arrêt du 25 octobre 1990, §§ 29-30 et CommEDH, req. 27613/95, *B. P. c. Suisse*, §§ 62-63.

¹⁴⁶⁵ CourEDH, affaire *E. c. Norvège* (N° 1), arrêt du 29 août 1990.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, § 65; CourEDH, affaire *Musial c. Pologne*, arrêt du 25 mars 1999, § 47. Il n'en demeure pas moins qu'exiger trop d'expertises inutiles peut être sanctionnée par la Cour en constatant le dépassement du délai raisonnable, CourEDH, affaire *Bock c. République Fédérale d'Allemagne*, arrêt du 29 mars 1989, § 48 ainsi que BIAGGINI, pp. 91-94.

¹⁴⁶⁷ CourEDH, affaire *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, § 38.

¹⁴⁶⁸ CourEDH, affaire *Musial c. Pologne*, arrêt du 25 mars 1999.

obligation de statuer avec célérité. En particulier, les juges saisis doivent faire en sorte que les experts, placés sous leur contrôle, soient diligents et décident avec rapidité¹⁴⁶⁹. Et enfin, dans l'affaire G. M. L. et Groupe Information Asiles c. France¹⁴⁷⁰, la Commission avait considéré que, en dépit du comportement de l'intéressé – ou plutôt de son avocat qui ne s'était pas présenté causant le report de l'audience d'une semaine – un délai de trois mois pour examiner une demande de mise en liberté d'un aliéné ne répondait pas aux exigences de l'art. 5 al. 4 CEDH. En effet, quand bien même l'examen de l'opportunité du placement exigeait deux nouvelles expertises psychiatriques – dont une par un collègue de trois experts – un retard de deux mois et demi pour l'établissement de la deuxième expertise était déraisonnable¹⁴⁷¹.

Plus que la complexité de l'affaire et la nécessité d'établir des nouvelles expertises, ce sont surtout le comportement de l'intéressé (ou de son avocat¹⁴⁷²) et l'attitude des autorités qui peuvent être décisifs¹⁴⁷³.

Le degré de tolérance des organes conventionnels semble directement proportionnel au degré de collaboration du requérant. C'est en tout cas ce que WACHENFELD paraît vouloir déduire de l'avis de la Commission dans l'affaire E. c. Norvège (N° 1)¹⁴⁷⁴, où le délai de deux mois pour statuer n'avait pas été considéré comme conforme à la Convention, car le requérant ne pouvait pas en être tenu pour responsable¹⁴⁷⁵. Dans l'affaire Herz c. Allemagne¹⁴⁷⁶, la Cour a réitéré comme déterminant, pour l'appréciation du bref délai, le fait que le requérant était en fuite et que son avocat avait motivé son recours un mois et demi après l'introduction de la requête¹⁴⁷⁷.

Quoi qu'il en soit, même lorsque le malade mental a contribué, légitimement ou non, à la prolongation des délais, les organes conventionnels contrôlent si les autorités ont fait preuve de la diligence leur incombant¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁶⁹ Ibid., § 47. La Cour a estimé que le retard de dix mois intervenu dans la présentation du rapport d'expertise n'était pas la conséquence directe de la complexité des questions médicales devant être résolues. De plus, le tribunal n'avait pas utilisé la possibilité qui lui était offerte par la législation interne de relancer les experts et éventuellement de leur infliger une amende. Il s'était contenté de s'enquérir par deux fois de l'état d'avancement de l'expertise sans en activer la production (§ 49), d'où la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH.

¹⁴⁷⁰ CommEDH, req. 17734/91, G. M. L. et Groupe d'information asiles c. France.

¹⁴⁷¹ Ibid., §§ 46-56.

¹⁴⁷² CourEDH, affaire H c. France, arrêt du 24 octobre 1989, § 35 *in fine*, dans laquelle la Cour a souligné que le comportement de l'avocat du requérant, qui avait attendu huit mois pour répliquer à un mémoire de la partie adverse, avait contribué à ralentir la procédure.

¹⁴⁷³ CommEDH, affaire Luberti c. Italie, avis du 6 mai 1982, § 67.

¹⁴⁷⁴ CommEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), avis du 16 mars 1989.

¹⁴⁷⁵ Ibid., § 143 ainsi que WACHENFELD, p. 178.

¹⁴⁷⁶ CourEDH, affaire Herz c. Allemagne, arrêt du 20 février 2003.

¹⁴⁷⁷ Ibid., § 73.

¹⁴⁷⁸ Notamment, CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, § 34 *in fine*.

Il s'agit d'une tâche complexe, particulièrement quand le droit interne apparaît si peu clair que les tribunaux internes se trompent sur leur compétence.

Dans l'affaire *Luberti c. Italie*¹⁴⁷⁹, le système juridique italien permettait de requérir l'examen d'une demande de révocation de l'internement à des autorités différentes, créant ainsi un danger latent de confusion auquel les autorités n'avaient pas pu échapper. La Section de surveillance de Rome avait d'abord estimé être compétente, ordonné la production du dossier médical de l'intéressé et instruit la cause. Ensuite, elle s'était rendu compte de son incompétence et avait émis une décision d'irrecevabilité, confirmée en appel plus d'un et demi après. La requête adressée à la Cour d'appel de Rome, introduite en même temps que le recours contre la décision d'irrecevabilité de la Section de surveillance de Rome, avait ensuite attendu neuf mois et vingt-cinq jours en raison également de la fuite de l'intéressé, rendant impossible l'établissement des expertises. Enfin, la demande adressée à la Section de surveillance de Naples avait abouti à une décision de libération dix mois après. La Cour – et avant elle la Commission – a conclu à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH¹⁴⁸⁰. Toutefois, s'agissant du temps que le Juge de Naples avait pris pour statuer, la Commission et la Cour ne parvinrent pas à la même conclusion, n'étant pas d'accord sur les responsables du retard. Pour la Commission, le comportement du requérant, ayant saisi plusieurs instances dont certaines incompétentes, ne pouvait être décisif, et ce nonobstant le devoir qui incombait à l'intéressé de saisir la bonne juridiction¹⁴⁸¹. La Commission avait ainsi décidé que le Juge de Naples n'avait pas statué dans un bref délai. En revanche, selon la Cour, on ne pouvait pas imputer aux autorités napolitaines la période de dix mois qui s'était écoulée entre leur saisine et la décision. En effet, le requérant ayant également saisi les juridictions romaines, le Juge napolitain avait retardé le prononcé de sa décision en raison de la litispendance, qui ne fut résolue que neuf mois plus tard par la Cour d'appel de Rome. Une fois la question de la compétence éclaircie, le Juge de Naples avait statué dans le mois qui suivait, ce qui était raisonnable compte tenu des exigences liées à l'expertise¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁹ Ibid.

¹⁴⁸⁰ CommEDH, affaire *Luberti c. Italie*, avis du 6 mai 1982, §§ 67-69 ainsi que CourEDH, affaire *Luberti c. Italie*, arrêt du 23 février 1984, § 37.

¹⁴⁸¹ CommEDH, affaire *Luberti c. Italie*, avis du 6 mai 1982, §§ 68-69.

¹⁴⁸² CourEDH, affaire *Luberti c. Italie*, arrêt du 23 février 1984, § 34. Dans ses considérants, la Cour différencie la procédure napolitaine, conforme à l'art. 5 al. 4 CEDH, de la procédure romaine d'une longueur excessive. Elle souligne clairement que «quoiqu'il (le requérant) eût certes le droit d'employer l'ensemble des ressources juridiques dont il disposait pour se défendre, l'utilisation simultanée de deux voies légales, distinctes mais tournées en somme vers le même but, a sans doute causé une perte de temps non imputable aux autorités» (§ 34 *in fine*).

D'une manière générale, pour la Cour ce sont les retards imputables principalement à l'Etat défendeur qui demeurent déterminants pour juger du caractère excessivement long d'une procédure¹⁴⁸³.

A cet égard, l'affaire *Barclay-Maguire c. Royaume-Uni*¹⁴⁸⁴ mérite d'être évoquée, quand bien même elle s'est soldée par un règlement amiable. Le requérant interné se plaignait du fait que l'autorité nationale avait mis dix-sept semaines et quatre jours pour statuer sur sa demande de libération¹⁴⁸⁵. La Commission et le Gouvernement étaient d'accord que ce délai violait la Convention. Dans le règlement amiable, le Gouvernement faisait état d'une révision des règles régissant le fonctionnement du MHRT afin d'accélérer la procédure de contrôle de la légalité et éviter qu'à l'avenir des délais tels que ceux du cas d'espèce ne se reproduisent¹⁴⁸⁶. Ce sont plus les motifs du retard que cette forme indirecte de reconnaissance de violation qui sont intéressants. Le processus décisionnel avait duré aussi longtemps en raison de la maladie du Greffier du Tribunal ainsi que d'une pénurie du personnel de l'hôpital où l'intéressé avait été placé¹⁴⁸⁷. De la teneur du règlement amiable, il est possible d'inférer que si la Commission avait eu la possibilité de statuer sur le fond, elle aurait peut être étendu l'obligation positive à la charge de chaque Etat d'organiser non seulement le système judiciaire, mais également le système hospitalier, de telle sorte que l'impératif de statuer dans un «bref délai» soit assuré.

Aujourd'hui, l'exigence de statuer dans un bref délai est désormais une obligation positive pesant sur l'Etat¹⁴⁸⁸. Dans l'affaire *E. c. Norvège* (N°

¹⁴⁸³ MOCK, surtout pp. 396-397 ainsi que CourEDH, affaire *Bottazzi c. Italie*, arrêt du 28 juillet 1999, § 22-23.

¹⁴⁸⁴ CommEDH, req. 9117/80, affaire *Barclay-Maguire c. Royaume-Uni*, DR 27, p. 219.

¹⁴⁸⁵ Ibid. Cette affaire tombait encore sous le coup du Mental Health Act de 1959.

¹⁴⁸⁶ CommEDH, req. 9117/80, affaire *Barclay-Maguire c. Royaume-Uni*, DR 35, pp. 5-7. Le Gouvernement faisait état de l'art. 13 du Règlement du MHRT (*Mental Health Review Tribunal Rules*) de 1983, qui oblige désormais le MHRT à statuer avec célérité sur la requête d'un malade et octroie au Président régional d'un tribunal le droit de donner des instructions afin d'accélérer la procédure. A nos yeux l'articulation de cette obligation paraît en elle-même insuffisante. Plus que l'entrée en vigueur du nouveau règlement, les raisons suivantes ont été, à notre avis, déterminantes pour la Commission: le représentant du requérant n'avait pas répondu à la correspondance que la Commission lui avait adressée concernant le règlement amiable, le malade n'était plus hospitalisé, il était introuvable et l'adoption du nouveau règlement démontrait la bonne volonté de l'Etat défendeur. Il convient toutefois de relever qu'en 1990 encore, la lenteur constituait un des reproches les plus courants adressés aux MHRT; on recensait quatre mois à un an de délai avant l'examen d'une réclamation, d'un appel ou d'une plainte, LOUZON, p. 53 ainsi que CommEDH, req. 25601/94, *Roux c. Royaume-Uni*.

¹⁴⁸⁷ CommEDH, req. 9117/80, affaire *Barclay-Maguire c. Royaume-Uni*, DR 27, p. 220. Plus précisément la pénurie du personnel avait entraîné un retard dans l'obtention des rapports médicaux et sociaux relatifs au requérant.

¹⁴⁸⁸ Dans ce sens, SUDRE (3) surtout pp. 364-368 ainsi que SUDRE (5), pp. 1359-1376 et plus en général, BORGHI (4), pp. 37-54.

1)¹⁴⁸⁹, la Cour a notamment fait référence implicitement à l'art. 1 CEDH et souligné que l'obligation incombant aux Etats de prévoir un appareil judiciaire suffisant pour répondre aux exigences de la Convention ne pouvait souffrir d'aucune exception, même pendant les fêtes judiciaires¹⁴⁹⁰. Dans cette affaire, les lenteurs initiales étaient imputables à des problèmes administratifs, les tribunaux ayant été saisis pendant les vacances. La Cour a constaté que les autorités judiciaires doivent adopter les arrangements pratiques idoines, y compris pendant les vacances, afin d'assurer un traitement diligent des affaires urgentes. Cela est d'autant plus valable lorsque la liberté d'un individu est concernée¹⁴⁹¹. Il convient également de ne pas oublier, ainsi que nous l'avons vu, le devoir qui incombe aux juges saisis de faire en sorte qu'il n'y ait pas de retard dans l'établissement des expertises¹⁴⁹².

La casuistique jurisprudentielle sur la notion de bref délai du contrôle juridictionnel de la légalité de la détention contient des solutions très variées et permet de résumer nos idées.

iii) Un bref aperçu de la casuistique

La jurisprudence la plus sévère jusqu'à aujourd'hui semble être celle de l'affaire L. R. c. France¹⁴⁹³, dans laquelle la Cour, face à un délai de vingt-quatre jours entre l'introduction de la requête de sortie immédiate et la sortie à l'essai de l'intéressée, a conclu à la violation de l'exigence de bref délai¹⁴⁹⁴. La Cour a été aussi sévère dans l'affaire Delbec c. France¹⁴⁹⁵, où elle a sanctionné une procédure ayant duré seulement un mois alors que le magistrat avait été inactif pendant deux semaines¹⁴⁹⁶. Il en allait de même dans l'affaire Laidin c.

¹⁴⁸⁹ CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990.

¹⁴⁹⁰ Voir également, CourEDH, affaire R. M. D. c. Suisse, arrêt du 26 septembre 1997, §§ 42-54, où la Cour a rappelé qu'il appartient à l'Etat d'organiser son système judiciaire de manière à permettre à ses tribunaux de répondre aux exigences de l'art. 5 al. 4 CEDH.

¹⁴⁹¹ CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990, §§ 65-66 ainsi que MURDOCH (1), pp. 521-522. Il est intéressant de noter que cinq semaines s'étaient écoulées entre le dépôt de la demande de contrôle judiciaire et l'audience. Durant ces cinq semaines, une douzaine de jours avait dû s'écouler avant que le juge compétent rentre de ses vacances. Néanmoins, un retard de neuf jours était également dû à la difficulté de joindre l'avocat du requérant.

¹⁴⁹² CourEDH, affaire Musial c. Pologne, arrêt du 25 mars 1999, § 44 et CommEDH, req. 17734/91, G. M. L. et Groupe d'information asiles c. France, §§ 46-56.

¹⁴⁹³ CourEDH, affaire L. R. c. France, arrêt du 27 juin 2002.

¹⁴⁹⁴ Ibid., § 37.

¹⁴⁹⁵ CourEDH, affaire Delbec c. France, arrêt du 18 juin 2002.

¹⁴⁹⁶ Ibid., §§ 32-36. Par ailleurs, dans l'affaire G. J. et autres c. France, la Commission avait constaté la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH puisque le juge n'avait statué qu'un mois et demi après l'introduction de la requête; ce dernier avait manqué à son devoir de fixer rapidement une audience contradictoire et d'ordonner une expertise, CommEDH, req. 18657/91, G. J. et autres c. France, §§ 74-75.

France¹⁴⁹⁷, où la procédure a duré cinq semaines pendant lesquelles la Cour a constaté plusieurs phases d'inactivité¹⁴⁹⁸. Faisant preuve d'autant de sévérité dans l'affaire E. c. Norvège (N° 1)¹⁴⁹⁹, la Cour n'a pas accepté le délai de deux mois avant la décision définitive – cinq semaines avant la saisine et trois semaines consacrées à la rédaction du jugement¹⁵⁰⁰.

Des violations plus flagrantes ont été constatées dans l'affaire Luberti c. Italie¹⁵⁰¹, où la procédure a duré dix-huit mois et dix jours¹⁵⁰². Dans l'affaire Van der Leer c. Pays-Bas¹⁵⁰³, cinq mois de procédure ont été déclarés non conformes à la Convention, ceci sans tenir compte du fait que la requérante était en fuite¹⁵⁰⁴.

De manière similaire, dans l'affaire Koendjibharie c. Pays-Bas¹⁵⁰⁵, cinq mois et demi n'ont pas été acceptés par les organes strasbourgeois¹⁵⁰⁶. Dans l'affaire Musial c. Pologne¹⁵⁰⁷, la Cour était confrontée à une durée d'un an, huit mois et neuf jours avec un retard de dix mois dans la préparation du rapport d'expertise¹⁵⁰⁸.

Dans l'affaire D. M. c. France¹⁵⁰⁹, les Juges de Strasbourg ont considéré comme contraire au principe de célérité une procédure d'un an et vingt jours alors que cette durée avait été en partie causée par le requérant qui avait refusé à plusieurs reprises de se rendre aux convocations de l'expert¹⁵¹⁰. Dans

¹⁴⁹⁷ CourEDH, affaire Laidin c. France, arrêt du 5 novembre 2002.

¹⁴⁹⁸ Ibid., §§ 27-29.

¹⁴⁹⁹ CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990.

¹⁵⁰⁰ Ibid., §§ 65-66. Dans le même sens CourEDH, affaire Schenkel c. Pays-Bas, arrêt du 27 octobre 2005, § 36, où la Cour n'a pas accepté un délai de deux mois et dix-sept jours pour le prononcé de première instance, et de trois mois supplémentaires pour la décision en appel.

¹⁵⁰¹ CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984.

¹⁵⁰² Ibid., § 34. Une situation similaire à celle examinée dans l'affaire Luberti c. Italie avait déjà donné lieu à l'affaire Van Droogenbroeck c. Pays-Bas dans laquelle l'examen de deux demandes de mise en liberté déposées par le requérant avait pris respectivement sept et six mois, CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984, § 53.

¹⁵⁰³ CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990.

¹⁵⁰⁴ Ibid., § 36. Cette fermeté dans la décision, malgré la «faute» de la requérante en fuite, semble être due à la longueur objectivement disproportionnée de la procédure mais également, et peut-être surtout, à l'aveu du Gouvernement qui avait admis que les autorités compétentes avait tardé pendant deux mois pour transmettre le dossier au tribunal chargé de statuer.

¹⁵⁰⁵ CourEDH, affaire Koendjibharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990.

¹⁵⁰⁶ Ibid., § 29. Pour conclure à la violation de l'exigence de bref délai, la Cour s'est appuyée sur le droit interne qui fixait à trois mois le délai qui s'imposait pour permettre à un tribunal de recueillir de plus amples renseignements sur le dossier.

¹⁵⁰⁷ CourEDH, affaire Musial c. Pologne, arrêt du 25 mars 1999.

¹⁵⁰⁸ Ibid., § 44.

¹⁵⁰⁹ CourEDH, affaire D. M. c. France, arrêt du 27 juin 2002.

¹⁵¹⁰ Ibid., §§ 25-31. Pour la Cour, le fait que le tribunal saisi ait attendu trois mois avant de désigner un expert a sans doute été décisif.

l'affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni¹⁵¹¹, la Cour a constaté d'emblée que la procédure, qui avait duré, toutes instances confondues – appels y compris –, trois ans, neuf mois et vingt-cinq jours, violait le principe de la célérité¹⁵¹². Dans l'affaire P. B. c. Suisse¹⁵¹³, sept mois et neuf jours n'ont pas été acceptés, la procédure n'étant pas particulièrement complexe¹⁵¹⁴. Dans l'affaire G. M. L. et Groupe d'information asiles c. France¹⁵¹⁵, onze mois ont été considérés comme excessifs¹⁵¹⁶.

Quoi qu'il en soit et comme le relève le TF, il n'est pas possible d'établir de manière générale et abstraite, à la lumière de critères formels uniformes, les procédures conformes aux exigences «temporelles» de l'art. 5 al. 4 CEDH; seul l'ensemble des circonstances concrètes peut être déterminant¹⁵¹⁷.

Encore une fois, la jurisprudence conventionnelle demeure un *minimum vitae*. Une majorité grandissante de législations internes prévoient dans les textes des délais très brefs qui s'imposent aux tribunaux, les obligeant à statuer rapidement¹⁵¹⁸.

En Italie, le Maire doit se déterminer dans un délai de dix jours. Le Président du Tribunal de district compétent pour infirmer ou confirmer la décision du Maire doit également se prononcer dans un délai de dix jours¹⁵¹⁹.

¹⁵¹¹ CourEDH, affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni, arrêt du 20 février 2003.

¹⁵¹² Ibid., §§ 75-80.

¹⁵¹³ CommEDH, req. 27613/95, P. B. c. Suisse, §§ 56-57 et 61-65.

¹⁵¹⁴ Ibid., §§ 56-57, 61-65. S'agissant du comportement des autorités, presque un mois s'était écoulé entre la demande de libération du requérant et la date à laquelle les observations avaient été demandées au tuteur. Celles-ci n'avaient été envoyées que six semaines plus tard sans qu'aucune raison particulière n'eût justifié cet intervalle et sans que les autorités n'eussent réagi pour accélérer le déroulement de la procédure. L'expertise médicale avait été ordonnée environ quatre mois après la demande de libération et le rapport avait mis presque deux mois avant d'être rendu. Enfin, six jours s'étaient écoulés entre la décision ordonnant la mise en liberté de l'intéressé, sa notification et la libération du requérant. De son côté, le TF a considéré qu'une durée de dix-huit mois entre la requête de mise en liberté et la décision de l'autorité compétente ne violait pas l'art. 5 al. 4 CEDH, quand bien même il pouvait s'agir d'un cas limite (*ein Grenzfall*), ATF du 1 septembre 1999 [IP.550/1998] en la cause F. c. canton Zurich, consid. 2 et ATF du 6 août 2001 [6A.63/2001] en la cause Z. c. canton Zurich, consid. 1d, ainsi que, plus en général, ATF 116 la 60 consid. 2 et 3.

¹⁵¹⁵ CommEDH, req. 17734/91, G. M. L. et Groupe d'information asiles c. France.

¹⁵¹⁶ Ibid., §§ 47-56.

¹⁵¹⁷ ATF 127 III 385 consid. 3a. A titre d'exemple, en Suisse, le TF a jugé comme excessif un délai de quarante-trois jours entre la saisine d'une commission psychiatrique et sa décision finale, ATF du 23 mars 1990 [IP.660/1989] en la cause S. c. canton Zurich, consid. 2b.

¹⁵¹⁸ La Commission avait par ailleurs souligné, à plusieurs reprises, la nécessité, ou plutôt le risque, pour l'effectivité du recours d'absence de règles assurant l'aboutissement rapide de l'instance, CommEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), avis du 16 mars 1989, § 143 et aussi CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990, § 63 et CommEDH, req. 9117/80, Barclay-Maguire c. Royaume-Uni, DR 35, p. 11.

¹⁵¹⁹ Art. 4 et 5 de la Loi italienne N° 180; ainsi que LOUZON, p. 133 et PIZZI, pp. 22-30.

A Genève, toujours d'après les textes, la Cour de justice doit citer les parties dans les trois jours ouvrables et statuer à bref délai¹⁵²⁰. En pratique, normalement, une semaine s'écoule¹⁵²¹. Un délai si bref est réservé en cas de recours à l'encontre des décisions du Conseil de surveillance psychiatrique ordonnant l'hospitalisation et refusant la sortie¹⁵²². Dans les autres cas, la Cour de justice doit convoquer le recourant dans les trente jours au plus¹⁵²³. Lorsque le Tribunal tutélaire ordonne l'hospitalisation, il reste l'autorité devant être saisie et doit également se déterminer dans les trois jours ouvrables¹⁵²⁴. La solution genevoise demeure très proche de celle prévalant en Italie. En revanche, apparaît originale l'approche choisie par le législateur en Belgique. La loi impose un délai global ne devant pas être dépassé de trois mois pendant lequel le tribunal est appelé à statuer par un jugement définitif. Cependant, et c'est là que réside l'originalité, si le tribunal est saisi d'une contestation sur le maintien en détention¹⁵²⁵, les mesures de protection prises à l'égard du malade mental prennent immédiatement fin, sauf si le tribunal statue sur la requête dans un délai d'un mois¹⁵²⁶. En d'autres termes, si le tribunal ne peut pas se déterminer dans le mois suivant sa saisine, le malade mental doit être libéré en attente du jugement définitif qui doit être prononcé dans un délai maximal de trois mois¹⁵²⁷. A Genève, il serait éventuellement possible d'obtenir le même résultat, en demandant l'effet suspensif au recours¹⁵²⁸; si le maintien du placement constitue l'objet du recours, la Cour de justice doit statuer dans les trois jours ouvrables¹⁵²⁹.

La libération du malade mental en cours de contrôle juridictionnel doit toutefois être exécutée avec prudence. Exceptés les cas, rares, dans lesquels la saisine de l'instance judiciaire ne constitue qu'une formalité, les dossiers

¹⁵²⁰ Art. 20 al. 3 de la Loi genevoise K 1 25.

¹⁵²¹ WEBER, p. 56. Ce délai est sans autre conforme à la Convention, la Cour ayant eu l'occasion de relever qu'un délai d'onze jours n'était pas critiquable, CourEDH affaire Herz c. Allemagne, arrêté du 12 juin 2003, § 73.

¹⁵²² Art. 18 al. 1 let. j) de la Loi genevoise K 1 25.

¹⁵²³ Art. 20 al. 3 *in fine*, *ibid*.

¹⁵²⁴ Art. 37 al. 2 *in fine*, *ibid*.

¹⁵²⁵ Art. 13, 20, 22, 25, et 26 de la Loi belge du 26 juin 1990.

¹⁵²⁶ Art. 30 al. 3, *ibid*.

¹⁵²⁷ A ce délai vient s'ajouter le délai pour se pourvoir en cassation; aucune condition de célérité n'est toutefois imposée en relation avec ce dernier délai, art. 31, *ibid*.

¹⁵²⁸ Loi genevoise indique qu'en cas d'appel, le médecin ou le Conseil de surveillance psychiatrique peut surseoir à l'hospitalisation «selon l'état du malade» et ce même en l'absence d'une requête d'effet suspensif, art. 27 al. 2 de la Loi genevoise K 1 25.

¹⁵²⁹ Art. 20 al. 4 de la Loi genevoise K 1 25. Notons que l'effet suspensif peut être demandé aussi lors du recours contre les décisions du Tribunal tutélaire et que la Cour de justice doit toujours statuer dans les trois jours, art. 420 al. 4 de la Loi genevoise de procédure civile E 305. L'appel auprès de la Cour de justice suspend, en règle générale, l'exécution du jugement (art. 302).

peuvent contenir des aspects délicats qui exigent une analyse sérieuse en vue de déterminer avec le plus de certitude possible la justesse de la décision. La libération du malade mental avant le prononcé de la décision qui clôt le processus du contrôle juridictionnel est fortement déconseillée, surtout en cas de dangerosité latente. L'assouplissement du régime de placement serait plus adéquat. De plus, par analogie avec la jurisprudence conventionnelle sur l'art. 5 al. 3 CEDH¹⁵³⁰, le fait de libérer le malade mental pendant le processus décisionnel ne libère en aucun cas les autorités de leur obligation de statuer sans délai. En Russie, le législateur semble avoir été particulièrement sensible à ce problème puisqu'il a prévu que le juge qui est saisi d'un recours à l'encontre d'un placement d'office, accepte par sa saisine le maintien de l'intéressé en hôpital psychiatrique pendant la durée nécessaire à l'examen de la demande dont il est saisi¹⁵³¹.

En résumé, la casuistique conventionnelle, notamment, nous enseigne que la notion de bref délai est réfractaire à toute schématisation et dépend essentiellement des circonstances d'espèce. Nous notons, toutefois, une tendance vers des délais de plus en plus courts. Afin d'assurer une certaine sécurité juridique, les nouvelles législations inscrivent dans leurs textes des limites temporelles pour statuer qui s'imposent aux autorités¹⁵³². C'est un choix législatif appartenant à chaque Etat que celui de codifier une durée maximale globale, une durée maximale pour chaque instance, un simple rappel du devoir de statuer dans un bref délai ou de renoncer à toute codification en se référant subsidiairement aux exigences conventionnelles. L'essentiel demeure que le but recherché, à savoir le respect du principe de la célérité, soit atteint. Cette lourde responsabilité incombe notamment au tribunal appelé à statuer sur la mise en liberté. Ce tribunal constitue le noyau dur de tout système de protection des droits du malade mental hospitalisé de force.

¹⁵³⁰ L'art. 5 al. 3 CEDH consacre le droit de toute personne en détention préventive d'être jugée dans un délai raisonnable ou, alors, libérée pendant la procédure. Néanmoins, l'interprétation selon laquelle les autorités judiciaires disposeraient d'un choix entre l'obligation de conduire la procédure jusqu'au jugement dans un délai raisonnable et celle de libérer l'inculpé, fût-ce moyennant certaines garanties, doit être rejetée. La jurisprudence conventionnelle sur ce sujet est désormais établie; nonobstant la libération de l'inculpé, l'obligation de statuer le plus rapidement possible subsiste, VELU/ERGEC, pp. 292-297.

¹⁵³¹ Art. 33 al. 3 de la Loi de Fédération de Russie du 2 juillet 1992. D'après les art. 34 et 35, le juge doit statuer, sur la demande d'hospitalisation, dans un délai de cinq jours et sa décision peut faire l'objet d'un recours dans les dix jours.

¹⁵³² L'art. 12 de la Loi d'Israël 5751 de 1991 prévoit que le Tribunal de santé mental doit statuer sur un recours contre un ordre d'hospitalisation au plus tard cinq jours à compter de son dépôt et sur un recours contre un ordre de traitement ambulatoire au plus tard dix jours à compter de son dépôt. L'art. 23 de la Loi tunisienne N° 92-83 du 3 août 1992 se contente d'imposer au Président du tribunal compétent de statuer sans délai.

3) La cariatide de l'architecture juridictionnelle: la notion de «tribunal»

La portée et l'efficacité du droit de recours juridictionnel dépendent essentiellement de l'interprétation, par les organes conventionnels, de la notion de «tribunal» et de sa transposition dans les législations internes concernées. Cette notion s'érige en «cariatide» de l'architecture de l'art. 5 al. 4 CEDH.

Cette disposition n'est pas la seule à traiter de la notion de «tribunal»¹⁵³³. Elle est néanmoins la plus fréquemment invoquée et appliquée. Il s'agit d'un concept autonome, propre à la Convention, afin que son contenu ne varie pas trop d'un ordre juridique à un autre¹⁵³⁴. Cette notion, dont l'acception peut différer sensiblement en fonction de la garantie conventionnelle en question, est complexe¹⁵³⁵. Certaines caractéristiques uniformes peuvent néanmoins être constatées.

En guise d'introduction à des développements ultérieurs plus ciblés, il convient de citer MATSCHER¹⁵³⁶, qui qualifie de «tribunal» au sens de la Convention un organe établi par la loi, indépendant et impartial qui, en suivant une procédure à caractère judiciaire, est habilité et tenu à rendre des décisions contraignantes relatives aux affaires qui lui ont été soumises. Du point de vue matériel, la notion de «procédure à caractère judiciaire» implique que des décisions soient prises en appliquant des normes de droit en vigueur à des faits déterminés par le juge conformément aux règles de procédure prévues et en accordant aux intéressés le droit d'être entendu¹⁵³⁷. La notion de «tribunal» est une notion fondamentale, propre à la Convention, mais qui dans son essence demeure un produit de la théorie générale des institutions et se rapproche du concept large de juridiction tel que connu en droit interne¹⁵³⁸.

¹⁵³³ La notion de «tribunal» constitue l'élément fondamental de la garantie contenue à l'art. 6 CEDH. Elle est également traitée aux art. 13, 5 al. 1 let. a), b) et c), 5 al. 3, 5 al. 4, 10 al. 2 CEDH, ainsi que aux art. 2 al. 1 et al. 2 et 4 al. 1 du Protocole N° 7 CEDH et chaque fois avec une portée différente. Sur les différentes interprétations de cette notion VELU/ERGECE, pp. 100-104, 262-270, 290-292, 302-308, 350-372, 400-404, 451-469, 611-626, 324-326. Cette même notion, avec la même variété d'acceptions, se retrouve également dans d'autres textes internationaux: art. 9 al. 4, 14 al. 1 du Pacte II, 7 al. 5, 6 et 8 al. 1 CADH.

¹⁵³⁴ VELU/ERGECE, p. 303 ainsi que ATF 122 IV 8 consid. 2b.

¹⁵³⁵ VELU, p. 1300.

¹⁵³⁶ Conférence du Juge Franz MATSCHER, La notion du tribunal et les notions avoisinantes dans la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Faculté de droit, 6 février 1996.

¹⁵³⁷ JACOT-GUILLARMOUD, surtout pp. 396-399; VELU/ERGECE, p. 452; VAN DIJK/VAN HOOFF, pp. 418-420; SOYER/SALVIA, pp. 259-262; GERARDIN-SELLIER, pp. 961-981; CourEDH affaire Lietzow c. Allemagne, arrêt du 13 février 2001, § 44; CourEDH, affaire H. c. Belgique, arrêt du 30 novembre 1987, § 50 et CourEDH, affaire Dermicoli c. Malta, arrêt du 27 août 1991, § 39.

¹⁵³⁸ Dans le même sens, VELU/ERGECE, p. 262.

Certains éléments constitutifs de la notion autonome de «tribunal» ont été élaborés par la jurisprudence des organes de Strasbourg, alors que d'autres ont été partiellement codifiés dans des textes topiques¹⁵³⁹. L'art. 6 al. 1 CEDH demeure la source d'inspiration première. Cette disposition contient *expressis verbis* les éléments constitutifs précités, à savoir un organe établi par la loi, indépendant et impartial, propre à statuer publiquement d'après une procédure équitable et dans un délai raisonnable. Le texte de l'art. 5 al. 4 CEDH, en revanche, est très avare en détails; il se réfère simplement à un tribunal qui doit se déterminer dans un bref délai et pouvoir ordonner la libération si la détention devait se révéler illégale. La jurisprudence a essayé de combler ces manques apparents.

A l'origine, l'aspect «organique ou fonctionnel» (i) a été privilégié¹⁵⁴⁰. Ensuite, l'aspect, que nous définirons de «qualitatif» (ii) a été érigé en condition constitutive indispensable¹⁵⁴¹. Aujourd'hui, principalement dans le domaine de la protection des malades mentaux, c'est ce dernier aspect, ou plus précisément l'ensemble des garanties procédurales qui le constituent, qui est en train de vivre son véritable moment de gloire.

i) Le critère fonctionnel

Le critère fonctionnel implique que l'autorité appelée à statuer ait un caractère judiciaire, à savoir qu'elle soit indépendante du pouvoir exécutif et des parties (i.a) et qu'elle puisse ordonner la libération du malade mental (i.b).

i.a) Indépendance et impartialité

Ainsi que nous venons de la voir, la notion de «tribunal» au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH est une notion autonome, mais également variable au gré des cas d'espèce. Il est en effet impossible d'imposer dans le domaine de la maladie mentale un tribunal dans son acception classique, à savoir «obligatoirement une cour de justice faisant partie de l'appareil judiciaire de l'Etat, au sens habituellement donné a ce mot»¹⁵⁴². A cet égard, la Cour a souligné qu'«il n'entre

¹⁵³⁹ Voir, notamment, la Recommandation N° R (94) 12 et son Exposé des motifs qui traitent de l'indépendance, de l'efficacité et du rôle des juges, ainsi que le Glossaire du «Livre blanc» et l'art. 2 al. 3 de la Recommandation N° REC(2004)10 qui définissent la notion de «tribunal».

¹⁵⁴⁰ CourEDH, affaire Matznetter c. Autriche, arrêt du 10 novembre 1969, § 13 et CourEDH, affaire Neumeister c. Autriche arrêt du 27 juin 1968, § 24.

¹⁵⁴¹ CourEDH, affaire de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 76, où la Cour a opéré un revirement de jurisprudence, en affirmant que «pour constituer un tribunal au sens de l'article 5 alinéa 4 CEDH un organe doit offrir les garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté».

¹⁵⁴² Notamment, CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, § 61; ainsi que CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 53 et CommEDH, req. 10448/83, Dhoest c. Belgique, § 151.

pas dans ses attributions de rechercher en quoi consisterait, en la matière, le système de contrôle le meilleur ou le plus adéquat, car différents moyens de s'acquitter de leurs engagements s'offrent au choix des Etats contractants»¹⁵⁴³. Comme le démontreront les développements qui suivent, un organisme spécialisé de nature administrative/juridictionnelle, comme ceux prévus par la plupart des législations nationales sur la santé mentale, répond parfaitement aux exigences de la Convention¹⁵⁴⁴. Il est néanmoins impératif que la composition et le fonctionnement de cet organe soient réglementés par la loi.

Le contrôle conventionnel qui s'exerce sur cette dernière condition est cependant très faible. Il serait possible d'affirmer que la violation des règlements internes, notamment relatifs à la compétence, à la composition, à la nomination des membres et à l'attribution des affaires d'un organe judiciaire, n'est pas suffisante en elle-même pour refuser à ce dernier la qualification de tribunal. Même quand de tels manquements constituent des actes manifestement arbitraires, les juges de Strasbourg ne remettent pas en cause la base légale qui réglemente la composition et le fonctionnement du tribunal mais motivent la décision de violation sous l'angle du non-respect des garanties procédurales¹⁵⁴⁵. Ainsi, la Convention pose moins d'exigences formelles que les législations internes, pour lesquelles certains des manquements précités peuvent entraîner la violation du principe du juge légal ou naturel¹⁵⁴⁶.

Quoi qu'il en soit, si aux yeux de la Convention le respect des règlements internes, ou de la dénomination et de la qualification juridique d'une instance selon le droit interne, importe peu, il n'en va pas de même s'agissant du respect des critères d'indépendance et d'impartialité¹⁵⁴⁷.

Les Recommandations du Conseil de l'Europe ne se réfèrent pas directement aux exigences d'indépendance et d'impartialité de l'organe désigné pour statuer¹⁵⁴⁸. Les expressions d'autorité, d'organe judiciaire ou de juge reviennent cependant à plusieurs reprises¹⁵⁴⁹. Une interprétation littérale destinée

¹⁵⁴³ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 53.

¹⁵⁴⁴ CommEDH, req. 10448/83, Dhoest c. Belgique, § 151.

¹⁵⁴⁵ CourEDH, affaire Pfeifer et Plankl c. Autriche, arrêt du 25 février 1992, § 35; CourEDH, affaire Oberslick c. Autriche, arrêt du 23 mai 1991, § 48; CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 41; CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979 § 45 ainsi que GOTRIAN (2), pp. 29-35.

¹⁵⁴⁶ SOYER/DE SALVIA (2), p. 261.

¹⁵⁴⁷ Ibid. Les normes CPT codifient aussi ce principe selon lequel les procédures de placement non volontaire dans un établissement psychiatrique doivent offrir des garanties d'indépendance et d'impartialité (par. 52).

¹⁵⁴⁸ La Recommandation N° R (94) 12 ainsi que son Exposé des motifs soulignent néanmoins le rôle primordial et significatif des juges et suggèrent les mesures nécessaires à adopter pour assurer leur indépendance.

¹⁵⁴⁹ Voir, notamment, l'art. 4 al. 2 et 3 ainsi que 8 al. 1 de la Recommandation N° R (83) 2, et art. 7 par. i) let. b) de la Recommandation 1235 (1994).

à imposer aux Etats l'obligation de prévoir des voies de recours «classiques» serait contraire au sens et à l'esprit de la Convention. La notion d'autorité judiciaire doit ainsi se définir par opposition à celle d'autorité administrative, l'indépendance et l'impartialité constituant notamment les critères de distinction¹⁵⁵⁰. Les auteurs du «Livre blanc» rappellent à cet égard que par «tribunal ou organe similaire» il faut entendre un tribunal établi par la loi et répondant aux exigences d'indépendance et d'impartialité; ce tribunal – poursuit le «Livre blanc» – se caractérise par son rôle juridictionnel qui est celui de «trancher sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée toute question relevant de sa compétence»¹⁵⁵¹. La Recommandation N° REC(2004)10 se réfère également «à un tribunal ou une instance juridictionnelle similaire»¹⁵⁵² et reprend, en substance, la même définition¹⁵⁵³.

Dans les Principes des Nations Unies, les termes de «tribunal» ou de «juge» sont sciemment évités pour tenir compte au mieux des particularités nationales disparates. Ces termes sont remplacés par l'expression «organe de révision» qui doit être compris comme un organe judiciaire ou un autre organe indépendant et impartial établi et agissant selon les procédures fixées par la législation nationale. Les Principes des Nations Unies précisent également qu'il importe peu qu'il s'agisse d'un organe judiciaire classique ou pas; il est toutefois impératif que cet organe prenne ses décisions avec le concours d'un ou plusieurs praticiens de santé mentale qualifiés et indépendants en tenant compte de leur avis¹⁵⁵⁴. Les Dix Principes de l'OMS innovent en se référant à des «décideurs qualifiés agissant à titre officiel» qui doivent être compétents, suffisamment informés, indépendants et impartiaux. Idéalement, ces décideurs devraient être au minimum au nombre de trois, chacun devant être choisi dans une discipline pertinente. Afin d'assurer leur indépendance et compétence, il est suggéré que leur soit fournie une formation initiale et continue, que soient récusés les décideurs ayant un intérêt «personnel direct dans la décision en cause» et que leur soit octroyée une rémunération suffisante¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵⁰ L'Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, § 22, rappelle, en effet, que, dans de nombreux Etats, l'organisation administrative est telle que l'organe qui décide du placement peut être soumis hiérarchiquement à l'autorité adoptant la décision finale, ce qui n'est pas conforme aux exigences d'indépendance et d'impartialité.

¹⁵⁵¹ «Livre blanc», Glossaire.

¹⁵⁵² Art. 2 al. 3 de la Recommandation N° REC(2004)10.

¹⁵⁵³ Exposé des motifs sur la Recommandation N° REC(2004)10, § 28.

¹⁵⁵⁴ Principe 17 al. 1 des Principes des Nations Unies. N'oublions pas à cet égard la Résolution A/RES/40/32 sur les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptée le 29 novembre 1985 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Par ailleurs, d'autres textes universels prêchent pour l'application de ces principes, Bulletin du Centre pour l'indépendance des magistrats et des avocats (CIMA), L'indépendance de la magistrature et du barreau: Une compilation de normes internationales, Numéro spécial 25-26, Avril-Octobre 1990.

¹⁵⁵⁵ Principe 9 des Dix Principes de l'OMS

De plus, ces décideurs ne devraient pas connaître deux fois de la même cause ni être influencés outre mesure par des décisions antérieures¹⁵⁵⁶.

Il convient de distinguer clairement entre les exigences d'indépendance (i.a.a) et les exigences d'impartialité (i.a.b). Ces mêmes exigences s'imposent bien évidemment à ce que l'on appelle couramment les «tribunaux mixtes» (i.a.c), mais aussi, en partie à tout le moins, aux diverses commissions psychiatriques consultatives nationales (i.a.d).

i.a.a) Le critère d'indépendance

Afin que les garanties d'indépendance soient respectées, l'autorité ne doit recevoir aucun ordre ou instruction; elle doit pouvoir prendre «ses décisions uniquement sur la base du droit et en suivant sa conscience»¹⁵⁵⁷.

Les exigences d'indépendance disqualifient les procédures, relativement courantes dans le passé, où l'hospitalisation et sa prolongation sont ordonnées par l'exécutif.

La Cour a tranché de la sorte dans l'affaire *Keus c. Pays-Bas*¹⁵⁵⁸, où elle a affirmé qu'une demande de révocation du placement adressée au Ministre de la justice ne saurait être considérée comme un «recours à un tribunal»¹⁵⁵⁹.

L'indépendance de l'autorité en cause à l'égard des parties et du Gouvernement est décisive¹⁵⁶⁰. Dans le domaine de l'hospitalisation forcée des

¹⁵⁵⁶ Principe 8, *ibid.*

¹⁵⁵⁷ Cette indépendance doit être assurée notamment, vis-à-vis des parties, et du pouvoir exécutif, mais également des pouvoirs sociaux et des médias; elle concerne le tribunal en tant que tel, de même que chacun des ses membres, JACOT-GUILLARMOD, p. 397 et la jurisprudence citée. Il convient de distinguer entre l'indépendance organique ou structurelle – qui résulte des règles sur la composition du tribunal et de celles sur la nomination des juges, leur révocabilité et la durée de leur fonction ou de leur mandat – de l'indépendance procédurale – qui implique l'interdiction de toute instruction ou ingérence extérieure à la juridiction – et de souligner à ce propos que les décisions d'un juge peuvent être sujettes à un contrôle – même administratif – si une justification sur leur fond n'est pas exigée. Reste décisif, notamment selon le droit suisse, de savoir si dans un cas donné, l'autorité a joui d'une complète indépendance et n'a été tenue de n'appliquer que le droit, ou si, en revanche, elle a pu recevoir des instructions contraignantes du gouvernement ou de l'administration, VILLIGER, pp. 262-267, ainsi que ATF 108 la 178 consid. 4b et 4c; ATF 121 II 53 consid. 2a et ATF 122 IV 8 consid. 2b.

¹⁵⁵⁸ CourEDH, affaire *Keus c. Pays-Bas*, arrêt du 25 octobre 1990.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, § 28 *ab initio*. La Cour avait toutefois conclu à l'absence de violation de l'art. 5 al. 4 CEDH car le requérant n'avait pas saisi en référé le Tribunal d'arrondissement, ce qui lui aurait permis de jouir conformément à la Convention du droit de recours juridictionnel. Voir également, *supra*, III^e Partie, section A, sous-section d) par. 1, i).

¹⁵⁶⁰ CourEDH, affaire *Varbanov c. Bulgarie*, arrêt du 5 octobre 2000, § 58; CourEDH, affaire *V. c. Royaume-Uni*, arrêt du 16 décembre 1999, §§ 109-111; CourEDH, affaire *T. c. Royaume-Uni*, arrêt du 16 décembre 1999, §113; CourEDH, affaire *Hood c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 février 1999, §§ 76-79; CourEDH, affaire *Weeks, c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 1987, § 61; CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981, § 53 et CourEDH, affaire *De Wilde, Ooms et Versyp*, arrêt du 18 juin 1971, § 78.

malades mentaux, par Gouvernement il faut entendre également l'administration hospitalière de l'établissement en cause; à défaut, l'exigence d'indépendance pourrait ne pas être remplie.

La Cour a examiné, notamment dans l'affaire *Weeks c. Royaume-Uni*¹⁵⁶¹, le manque apparent d'indépendance de la Commission de libération conditionnelle chargée de statuer sur la libération des détenus condamnés à une peine de durée indéterminée¹⁵⁶². Elle a réfuté une telle critique, puisqu'à aucun moment, les tâches de cette Commission ne l'avaient mise en contact avec des fonctionnaires de prison ou avec le Ministère de l'Intérieur. Ainsi, elle ne pouvait pas être apparentée avec l'administration pénitentiaire ou avec le Ministère¹⁵⁶³.

Plus récemment, à l'occasion de l'affaire *Varbanov c. Bulgarie*¹⁵⁶⁴, la Cour a sanctionné la procédure existante au moment des faits. En effet, à l'époque, le placement forcé était ordonné par un Procureur de district qui devenait ensuite partie à la procédure. Cette décision n'était susceptible d'appel qu'après des procureurs hiérarchiquement supérieurs. La Cour a ainsi considéré qu'il n'y avait pas de recours auprès d'un tribunal au sens de la Convention¹⁵⁶⁵.

Cette jurisprudence ne saurait bien évidemment valoir pour le système qui connaît le juge unique dans la mesure ou ce dernier n'est pas soumis au pouvoir exécutif et ne devient ensuite pas partie à la procédure. Il n'est en effet pas rare que les législations internes prévoient l'intervention d'un juge unique pour ordonner et/ou contrôler les placements forcés. C'est le cas notamment en Russie, en Inde, en France et en Tunisie¹⁵⁶⁶. Un tel choix est souvent dicté par le souci d'assurer une certaine rapidité dans le contrôle. Indépendamment de son appellation, selon la Cour, «le juge unique constitue un tribunal du point de vue organique, à la condition toutefois que la procédure suivie soit propre à assurer des garanties suffisantes»¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶¹ CourEDH, affaire *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 1987.

¹⁵⁶² Voir également, *supra*, III^e Partie, section A, sous-section c), par. 2, v).

¹⁵⁶³ CourEDH, affaire *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 1987, § 62 *in fine*.

¹⁵⁶⁴ CourEDH, affaire *Varbanov c. Bulgarie*, arrêt du 5 octobre 2000.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, §§ 58-61.

¹⁵⁶⁶ Voir, notamment, l'art. 34 al. 1 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie; l'art. 19 al. 3 de la Loi d'Inde N° 14 du 22 mai 1987, qui régit le droit de recours devant le magistrat compétent; l'art. L.351 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990, qui désigne le Président du Tribunal de grande instance du lieu de la situation de l'établissement de détention et l'art. 24 de la Loi de Tunisie N° 92-83.

¹⁵⁶⁷ CourEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990, § 30; CourEDH, affaire *Keus c. Pays-Bas*, arrêt du 25 octobre 1990, § 28; CourEDH, affaire *Bouamar c. France*, arrêt du 29 février 1988, § 57 et CourEDH, affaire *Van Droogenbroeck c. Belgique*, arrêt du 24 juin 1984, § 54.

TRECHSEL critique cette condition, puisqu'elle aurait pour conséquence de souligner, de manière malvenue, l'indissociabilité du tribunal monocéphal (monolithe) du respect des règles procédurales, alors que les organes judiciaires de composition collégiale ne sont pas, pour autant, dispensés de respecter les droits procéduraux¹⁵⁶⁸. Nous tenons cette critique pour quelque peu démesurée. La Cour semble surtout vouloir dire qu'en présence d'un juge unique, une attention encore plus grande doit être vouée aux garanties procédurales essentielles à une bonne administration de la justice.

Venons maintenant aux exigences d'impartialité.

i.a.b) Le critère d'impartialité

Les exigences d'impartialité viennent s'ajouter en complément intégratif aux exigences d'indépendance puisqu'elles commandent l'absence de tout parti pris, même en apparence, dans le for intérieur du juge¹⁵⁶⁹.

En se concentrant sur la jurisprudence conventionnelle, il est opportun de constater qu'en dépit de sa richesse, elle demeure essentiellement centrée sur une casuistique limitée et porte principalement sur l'art. 6 CEDH.

En comparaison, les quelques affaires ayant traité de la notion de «tribunal» dans le cadre de l'application du droit de recours juridictionnel du malade mental hospitalisé sont bien peu nombreuses.

Les garanties essentielles sont celles consacrées par l'art. 6 CEDH comme le rappelle l'affaire *D. N. c. Suisse*¹⁵⁷⁰. Cette affaire concernait l'impartialité – niée en l'espèce – d'un Juge spécialisé d'une Commission des recours administratifs qui avait statué sur une demande de libération alors qu'au préalable et dans la même procédure, il avait émis un avis en qualité d'expert psychiatrique. La Cour a indiqué que, si la procédure au titre de l'art. 5 al. 4 CEDH ne doit pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles de l'art. 6 CEDH, elle doit néanmoins revêtir un caractère juridictionnel et offrir des garanties appropriées au type de liberté mise en cause. Elle a conclu en relevant que «l'indépendance représente un des éléments constitutifs les plus importants de la notion de tribunal, de sorte qu'il serait inconcevable que l'art. 5 al. 4 CEDH n'envisage également comme condition fondamentale l'impartialité du tribunal en question»¹⁵⁷¹.

Les Juges de Strasbourg opèrent une distinction entre impartialité dite subjective (concrète) et impartialité dite objective ou structurelle (abs-

¹⁵⁶⁸ TRECHSEL (5), p. 327.

¹⁵⁶⁹ VELU/ERGEC, p. 455 ainsi que pp. 459-467 et la jurisprudence citée ainsi que SOYER/DE SALVIA (2), p. 260.

¹⁵⁷⁰ CourEDH, affaire *D. N. c. Suisse*, arrêt du 29 mars 2001.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*, §§ 41-42.

traite)¹⁵⁷². La première est présumée et est normalement suffisamment garantie par les règles sur la récusation. La deuxième peut se confondre avec la garantie d'indépendance¹⁵⁷³ et a trait aux apparences. Les parties, ainsi que le public doivent avoir l'impression que le juge est impartial. L'appréciation de l'impartialité dite objective revient au fond à «se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier»¹⁵⁷⁴. Les exigences d'impartialité et d'indépendance valent pour les magistrats et aussi, dans une moindre mesure toutefois, pour les autres auxiliaires de la justice.

L'apparence d'impartialité est très importante aux yeux des Juges de Strasbourg comme l'illustre l'affaire D. N. c. Suisse¹⁵⁷⁵ précitée. En l'occurrence, le Juge rapporteur siégeant au sein de la Commission des recours administratifs saisie avait auparavant assumé la charge d'expert et conclu au rejet de la requête en libération de l'intéressé. La Cour a constaté une violation de l'art. 5 al. 4 CEDH et des exigences d'impartialité dite objective. Le Juge rapporteur avait exercé une seule et même fonction tout au long de la même procédure puisqu'il était désigné pour examiner de manière approfondie, évaluer et commenter l'état de santé de la requérante pour décider de l'opportunité de mettre fin à son internement psychiatrique. C'est dans ce cadre qu'il avait fonctionné également en tant qu'expert¹⁵⁷⁶. La Cour a alors rappelé que la question de l'impartialité dite objective se pose si le tribunal est appelé à évaluer des preuves précédemment fournies par l'un de ses juges sous la forme d'un avis d'expert. En l'espèce, les craintes que la requérante avait pu ressentir à l'égard d'une telle procédure devaient alors être considérées comme déterminantes. En effet, lorsque celle-ci avait assisté à l'audience, le

¹⁵⁷² CourEDH, affaire Kleyn et autres c. Pays-Bas, arrêt du 6 mai 2003, § 191 et les arrêts cités.

¹⁵⁷³ Ibid., § 192.

¹⁵⁷⁴ Notamment, CourEDH, affaire D. N. c. Suisse, arrêt du 29 mars 2001, §§ 44-46; CourEDH, affaire Castillo Algar c. Espagne, arrêt du 28 octobre 1998, §§ 43 ss et CourEDH, affaire Hauschildt c. Danemark, arrêt du 14 mai 1989, § 48. Durant une certaine période, la Cour recourait à cette notion chaque fois que il y avait un malaise, un doute à l'égard d'une procédure; aujourd'hui, elle exige des éléments concrets et objectifs, VELU/ERGEC, p. 455 ainsi que pp. 459-467 et la jurisprudence citée. Toutefois, la Cour revient parfois en arrière. Tel a été le cas dans l'affaire Procola c. Luxembourg, où elle a défendu une interprétation rigoureuse des exigences d'impartialité en admettant qu'un simple doute, légitime en apparence quand bien même peu justifié au fond, peut fonder la violation de la Convention, CourEDH, affaire Procola c. Luxembourg, arrêt du 28 septembre 1995, § 45. Voir également, CourEDH, affaire Kleyn et autres c. Pays-Bas, arrêt du 6 mai 2003, § 191 et CourEDH, affaire Mc Gonnell c. Royaume-Uni, arrêt du 8 février 2000, § 57, où la Cour a réitéré qu'il est capital que les cours et les tribunaux inspirent confiance aux justiciables. Pour en savoir plus, également SUDRE/al. (3), pp. 14-15; SUDRE/al. (4), pp. 4-39 et SUDRE/al. (5), pp. 81-118; ainsi que VAN DIJK, pp. 1495-1510. Selon ce dernier auteur, la Cour donne de moins en moins d'importance aux éventuelles apparences d'impartialité pour se concentrer sur des éléments tangibles.

¹⁵⁷⁵ CourEDH, affaire D. N. c. Suisse, arrêt du 29 mars 2001.

¹⁵⁷⁶ Ibid., §§ 48 et 50.

Juge rapporteur avait déjà formulé – oralement à l’issue de l’audition de la requérante et par écrit dans son rapport – sa proposition de rejeter la demande de libération litigieuse. Au vu de la position de ce magistrat spécialisé, qui était le seul expert psychiatrique et l’unique personne à l’avoir entendue, la requérante pouvait craindre que son avis allait être déterminant¹⁵⁷⁷. La Cour a ainsi considéré ces circonstances comme «objectivement de nature à justifier des craintes [...] quant à l’impartialité» du Juge rapporteur¹⁵⁷⁸.

Notons que le législateur genevois, soucieux d’assurer un maximum d’apparence d’impartialité a prévu que les médecins des établissements psychiatriques publics ou privés ne peuvent être membres du Conseil de surveillance psychiatrique¹⁵⁷⁹. Les médecins du Conseil – six en tout, dont quatre psychiatres – doivent se récuser lorsque le Conseil délibère sur le cas d’une personne pour laquelle ils ont émis le certificat médical nécessaire à l’hospitalisation forcée¹⁵⁸⁰. Ni le Procureur général ni le Président du Tribunal tutélaire, qui normalement assistent de plein droit aux séances du Conseil avec voix consultative, ne peuvent siéger lors de délibérations concernant une personne, dont ils ont eux-mêmes demandé l’hospitalisation au Conseil¹⁵⁸¹. Enfin, le Conseil est indépendant de l’administration¹⁵⁸².

Les critères d’indépendance et d’impartialité doivent être respectés également par ces «tribunaux mixtes» que l’on retrouve dans les ordres juridiques internes et qui répondent aux conditions imposées par l’art. 5 al. 4 CEDH.

i.a.c) Les tribunaux mixtes

Ainsi que nous l’avons vu, la tendance actuelle demeure la prolifération, surtout en première instance, de ce que l’on appelle couramment les «tribunaux

¹⁵⁷⁷ Ibid., §§ 50-56.

¹⁵⁷⁸ Ibid., § 56.

¹⁵⁷⁹ Art. 15 al. 3 de la Loi genevoise K 1 25; ainsi que ATF 122 IV 8, consid. 2 b).

¹⁵⁸⁰ Art. 16 al. 5 de la Loi genevoise K 1 25.

¹⁵⁸¹ Art. 15 al. 4 et 16 al. 6 de la Loi genevoise, K 1 25. Il convient de citer à cet égard, un arrêt récent du TF ayant trait à la prétendue récusation d’un juge genevois qui avait siégé successivement au Conseil de surveillance psychiatrique, comme autorité de recours en matière de placement forcé, et à la Cour de justice, comme autorité de recours du Tribunal tutélaire dans une procédure en interdiction. Ces deux procédures concernaient la même personne, à savoir un malade mental souffrant d’un trouble très grave, manifestement incapable de discernement et placé de force. Le TF a décidé qu’il n’y avait pas de motifs de récusation. Les procédures litigieuses avaient, en effet, trait à deux causes distinctes qui n’avaient pas le même objet puisqu’elles tendaient à l’instauration, respectivement à la confirmation, de mesures tutélaires indépendantes l’une de l’autre et pour laquelle la loi pose des conditions différentes, ATF du 11 août 2003 en la cause H. c. canton Genève, SJ 2004 128, consid. 2. Il conviendrait de se demander si dans de telles conditions l’apparence d’impartialité est effectivement garantie, quand bien même, comme le dit le TF, il ne soit pas contraire à la Constitution (sic!) qu’un juge participe successivement à des procédures distinctes posant les mêmes questions.

¹⁵⁸² Art. 15 al. 6 de la Loi genevoise K 1 25.

mixtes», à savoir des organes composés de magistrats de carrière, de fonctionnaires administratifs, d'experts ou de représentants de certaines organisations ou associations. Ces organes/commissions exercent de véritables fonctions juridictionnelles et peuvent, matériellement comme formellement, être qualifiés de «tribunaux» au sens de la Convention¹⁵⁸³.

Le Conseil de surveillance psychiatrique du canton de Genève est un «tribunal» au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH, notamment compte tenu de sa composition garantissant l'indépendance et l'impartialité vis-à-vis du Gouvernement, des parties et de l'Administration hospitalière¹⁵⁸⁴. Il est vrai que les membres et les suppléants de ce Conseil sont nommés par l'exécutif cantonal. Ils siègent néanmoins à titre individuel, et seul le secrétaire archiviste, désigné par le Conseil de surveillance psychiatrique lui-même, est assermenté par le Gouvernement. Par le passé, d'ailleurs, le TF avait déjà admis qu'une commission psychiatrique nommée par l'exécutif cantonal et instituée par une ordonnance du même exécutif garantissait les exigences d'indépendance et d'impartialité requises par l'art. 5 al. 4 CEDH¹⁵⁸⁵.

En Belgique, les «Commissions de défense sociale», instituées auprès de chaque annexe psychiatrique des prisons, sont compétentes notamment pour traiter des requêtes de mise en liberté des délinquants malades mentaux¹⁵⁸⁶. Elles sont également des «tribunaux» au sens de la Convention. Elles se composent de trois membres: un magistrat effectif ou honoraire – nommé par le

¹⁵⁸³ CourEDH, affaire D. N. c. Suisse, arrêt du 29 mars 2001, § 39.

¹⁵⁸⁴ ATF 122 IV 14 consid. 2 b). Il convient de rappeler brièvement que le Conseil de surveillance psychiatrique est composé de six médecins, d'un(e) infirmière en psychiatrie, d'un magistrat ou d'un ancien magistrat du pouvoir judiciaire, de deux avocats, de deux travailleurs sociaux, psychologues ou professionnels de la santé, de deux médecins psychiatres suppléants et d'un suppléant pour chacune des autres catégories des personnes. Les membres, comme les suppléants, sont nommés pour une durée de quatre ans. Personne ne peut être membre titulaire du Conseil pendant plus de douze années consécutives, ce dans le but de lutter contre le risque de cristallisation (ou de l'absence de remise en question) dans la prise des décisions. Pour toute délibération, un quorum de cinq membres, dont au moins deux psychiatres et un magistrat, est requis. Le Conseil de surveillance psychiatrique se réunit au moins une fois par mois en séance plénière. S'il le juge opportun, il peut choisir, exceptionnellement hors de son sein, un ou plusieurs psychiatres pour examiner le malade. Tous les membres sont liés par le secret de fonction et le secret professionnel. Voir à cet égard, les art. 15-17 de la Loi genevoise K 1 25. Il est opportun de préciser que, nonobstant la qualification autonome de «tribunal» au sens de l'art 5 la. 4 CEDH, le Conseil de surveillance psychiatrique n'est pas une autorité judiciaire au sens du droit fédéral suisse, partant le recours direct au TF à l'encontre d'une de ses décisions est irrecevable, ATF du 8 juillet 1998 en la cause X c. canton Genève, SJ 1999 49, consid. 2.

¹⁵⁸⁵ ATF 108 la 178. Au même titre que l'indépendance et l'impartialité des juges dans les juridictions classiques ne sont subordonnées au fait qu'ils sont nommés par l'exécutif, élus par le parlement ou cooptés par le tribunal lui-même.

¹⁵⁸⁶ Art. 14 de la Loi belge sur la défense sociale. Les commissions ont aussi pour tâche de désigner l'établissement dans lequel l'internement aura lieu et d'ordonner le transfert de l'interné lorsque son état mental l'exige.

Premier Président de la Cour d'appel – qui en est le président et a pour fonction de protéger les intérêts de la justice, un avocat – choisi par le Ministre de la justice sur deux listes de trois noms présentées l'une par le Procureur du Roi et l'autre par le Bâtonnier de l'Ordre des avocats – qui est chargé d'assurer le respect de la liberté individuelle et, enfin, un médecin – nommé par le Ministre de la justice – qui a pour mission d'informer la Commission saisie sur l'état mental de l'intéressé¹⁵⁸⁷. Lorsqu'elles statuent sur une demande de mise en liberté, ces Commissions ne sont soumises à aucun contrôle d'une autorité ou d'une juridiction administrative. Leurs décisions peuvent être entreprises devant la Commission supérieure de défense sociale¹⁵⁸⁸ puis devant la Cour de cassation.

La «conventionnalité» de ces Commissions, notamment du point de vue de l'indépendance et de l'impartialité, a été admise sans hésitations dans l'affaire Dhoest c. Belgique¹⁵⁸⁹.

Il conviendrait toutefois de s'interroger sur le respect de l'exigence de l'apparence d'impartialité lorsque le magistrat président a participé au prononcé de la décision de la juridiction ayant ordonné l'internement. Selon la Cour de cassation belge, ceci n'est pas suffisant pour entacher d'illégalité la composition de la commission¹⁵⁹⁰. En revanche, à notre avis, cela devrait être

¹⁵⁸⁷ Art. 12, *ibid.*

¹⁵⁸⁸ La Commission supérieure de défense sociale se compose également de trois membres: un magistrat de la Cour de cassation ou d'une Cour d'appel, un avocat et le Médecin Directeur du Service d'anthropologie pénitentiaire. De surcroît, un ou plusieurs magistrats des Parquets généraux désignés par le Ministre de la justice pour une période de six ans y sont rattachés, art. 13, *ibid.*

¹⁵⁸⁹ CommEDH, req. 10448/83, Dhoest c. Belgique, § 28. Le requérant soutenait que les membres de la commission étaient âgés, inaptes à exercer leurs fonctions selon les normes modernes, que les juristes n'avaient pas les qualifications spécifiques requises et que les psychiatres étaient souvent *de facto* ou *de jure* liés à l'administration pénitentiaire. A l'appui des ses allégations, il avait produit un article d'un professeur, membre de la Commission supérieure de défense sociale, qui confirmait ses dires expliquant cette situation notamment par la faible rémunération versée aux membres. Dans ce sens, antérieure à l'affaire Dhoest c. Belgique, CommEDH, req. 6959/74, X c. Belgique, DR 3, p. 139, surtout pp. 141-142, où la Commission avait déjà constaté que «ces organes, présidés par un magistrat professionnel, assistés de deux représentants du barreau et de la pratique médicale, ne sont pas fondamentalement différents, dans leur organisation, d'une cour du travail ou d'un tribunal de commerce [...]. Il n'y a alors pas de raison sérieuse de douter qu'elles soient indépendantes de l'exécutif et des parties en cause dans l'exercice quotidien de leurs activités».

¹⁵⁹⁰ Cass.b., 11 octobre 1977, P., 1978.I. 177. En 1991, la Commission avait par ailleurs indiqué que le fait qu'une Chambre d'accusation, ayant décidé du maintien en détention préventive du requérant délinquant malade mental, statue ultérieurement dans la même composition sur l'internement de celui-ci selon la Loi belge de défense sociale, ne permettait pas de douter de son impartialité, CommEDH, req. 13157/87, Callens c. Belgique, DR 70, p. 167. La Commission avait motivé cette conclusion en se fondant essentiellement sur des critères objectifs. La Chambre d'accusation avait connu pour la première fois du fond de l'affaire, car

considéré comme un indice d'impartialité risquant d'empêcher une prise de décision lucide et objective. Un arrêt de la Cour européenne à cet égard serait de grand intérêt.

Au Royaume-Uni, le MHRT remplit la même fonction qu'un tribunal juridictionnel classique quand bien même sa composition est mixte. Il existe un MHRT dans chacune des quatorze régions sanitaires de l'Angleterre et du Pays de Galles. Il s'agit d'organismes indépendants et impartiaux. Chaque tribunal se compose de trois membres agréés par le Ministre de la justice, soit un homme de loi – avocat, magistrat ou juriste – qui préside, un médecin – un psychiatre en règle générale – qui a l'obligation d'examiner le patient préalablement aux délibérations et, enfin, un «profane» qui doit avoir une certaine expérience dans l'administration des services sociaux ou d'autres compétences adéquates. Le règlement interne prévoit une obligation de récusation si l'un des trois est membre ou fonctionnaire de l'autorité responsable du patient, s'il a récemment traité le malade mental ou s'il entretient une «relation de proximité» avec ce dernier¹⁵⁹¹.

Avant de conclure cette section, notons qu'il existe des autorités qui exercent en même temps des compétences juridictionnelles, comme organes de recours au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH, et des compétences préventives, comme organes chargés du suivi de la politique de santé mentale. Une telle concentration de tâches dans un seul organisme s'explique puisque ces autorités opèrent sur un territoire limité. Cette concentration de compétence est alors bienvenue car, souvent, la prolifération des instances, même dans un souci compréhensible de spécialisation, peut occasionner des retards injustifiés.

ses interventions s'étaient limitées auparavant à la question de la régularité de la détention préventive. En principe, la jurisprudence strasbourgeoise interdit seulement le cumul des fonctions entre le rôle de Juge – notamment le rôle de Juge d'instruction – et celui de partie poursuivante – en particulier le rôle de Ministère public. Le simple fait que la législation permette un tel cumul est suffisant aux yeux de la Convention. Voir, en particulier, VELU/ERGE, pp. 291-292 et la jurisprudence citée. La jurisprudence de la Cour tend toutefois à admettre, à notre grand regret, le cumul des fonctions juridictionnelles, CourEDH, affaire Saraiva de Carvahlo c. Espagne, arrêt du 22 avril 1994, § 38 ainsi que CourEDH, affaire Nortier c. Pays-Bas, arrêt du 24 août 1993, §§ 33-38. Dans l'affaire Diennet c. France, malgré l'importance attribuée aux apparences, la Cour a encore refusé d'assimiler à un motif de suspicion de partialité le fait que trois des sept membres formant l'instance avaient déjà participé au prononcé de la décision antérieure, CourEDH, affaire Diennet c. France, arrêt du 26 septembre 1995, §§ 30-36 ainsi que le commentaire de FLAUSS (2), p. 138 et ERGEC/DOCQUIR, surtout aux pp. 168-172.

¹⁵⁹¹ LOUZON, pp. 38-45 ainsi que le site internet <http://www.hyperguide.co.uk/mha>.

C'est notamment le cas du Conseil de surveillance psychiatrique à Genève¹⁵⁹², mais également de la Commission du bien-être mental en Ecosse¹⁵⁹³. Cette Commission est un organisme comprenant un minimum de dix membres, dont au moins trois femmes et trois médecins nommés par le Gouvernement. La Commission précitée est indépendante de l'exécutif et exerce une fonction protectrice des personnes qui pourraient, en raison de troubles mentaux, être incapables de se protéger ou de protéger leurs intérêts. Elle rend visite à des patients, fournit certaines informations sur la détention des malades, connaît des plaintes déposées en tout temps par un patient ou par toute autre personne concernée et veille au respect des règles sur le consentement au traitement et sur l'internement. Au même titre que le Conseil de surveillance psychiatrique genevois, elle peut décider de l'élargissement d'un malade mental et doit être considérée comme un tribunal au sens de la Convention. Sa décision est susceptible de recours¹⁵⁹⁴.

Si de plus en plus de législations révisées prévoient le recours, en tout cas au premier degré, à des instances juridictionnelles mixtes¹⁵⁹⁵, le système des juridictions classiques¹⁵⁹⁶, à laquelle sont jointes, éventuellement, des commissions psychiatriques consultatives, semble être encore aujourd'hui le plus courant. Il convient ainsi de traiter rapidement des ces commissions.

i.a.d) Les commissions psychiatriques consultatives

Les commissions psychiatriques consultatives sont des organes nationaux à composition mixte, qui réunissent à la fois des caractéristiques juridictionnelles et administratives. Elles exercent des fonctions essentiellement pré-

¹⁵⁹² Le Conseil de surveillance psychiatrique contrôle, également en tant qu'organe de recours, le bien-fondé des admissions et de leur prolongation, se porte garant du respect du droit du malade mental à être informé et à consentir en toute connaissance de cause au traitement, peut ordonner des expertises psychiatriques indépendantes, peut prendre des mesures en vue de la sauvegarde des biens des personnes placées, surveille les établissements ainsi que les inspecte *in corpore* au moins une fois par an, peut visiter et s'entretenir avec les patients en privé, veille à la stricte observation des lois et règlements, donne au gouvernement son avis sur la qualité des établissements psychiatriques et lui adresse chaque année un rapport d'activité, art. 18 de la Loi genevoise K I 25.

¹⁵⁹³ Art. 3 du Mental Health Act (1984) d'Ecosse. Notons qu'au Zimbabwe, le Tribunal de révision de la santé mentale est également un organe avec des compétences mixtes puisqu'il est chargé d'instruire les dossiers et recours qui lui sont soumis par les patients placés dans divers types d'établissement ou par leurs représentants, d'ordonner la sortie des patients et de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les patients jouissent de tous les droits qui leurs sont garantis, art. 75 à 82 de la Loi du Zimbabwe de 1996 relative à la santé mentale.

¹⁵⁹⁴ Ibid. ainsi que LOUZON, pp. 87-94.

¹⁵⁹⁵ Art. 10, 12 et 24 de la Loi d'Israël N° 5751 de 1991.

¹⁵⁹⁶ Voir, notamment, l'art. 30 de la Loi belge du 26 juin 1990; l'art. 33 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie; l'art. 23 de la Loi N° 92-83 de Tunisie; l'art. L.351 de la Loi française N° 90-527; l'art. 5 de la Loi italienne N° 180; les art. 28-29 de la Loi fédérale N° 155 d'Autriche et l'art. 35C et 35F de Loi N° 87 de Hongrie.

ventives et consultatives et sont conformes aux exigences d'indépendance et d'impartialité, sans pouvoir être qualifiée de «tribunal» au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH puisqu'elles n'ont pas de pouvoir décisionnel contraignant¹⁵⁹⁷.

En France, le seul organe juridictionnel au sens de la disposition précitée est le Tribunal de grande instance qui fait partie de l'appareil judiciaire classique. A côté de celui-ci, le législateur a prévu des Commissions départementales des hospitalisations psychiatriques¹⁵⁹⁸. Ces Commissions, instituées dans chaque département, sont chargées d'examiner la situation des malades psychiques hospitalisés sous l'angle du respect de leurs libertés individuelles et de leur dignité¹⁵⁹⁹. Elles se composent d'un psychiatre – désigné par le Procureur général auprès de la Cour d'appel –, d'un magistrat – désigné par le Premier président de la Cour d'appel – et de deux personnalités qualifiées – désignées l'une par le Préfet et l'autre par le Président du Conseil général parmi les psychiatres et les membres d'une organisation représentative des familles de personnes atteintes de troubles mentaux. Afin qu'un maximum d'indépendance et d'impartialité soit assuré, seul un des psychiatres précités peut exercer dans les établissements habilités à soigner les malades mentaux. En outre, les membres de ces Commissions ne peuvent en aucun cas faire partie du conseil d'administration d'un établissement situé dans leur département. Les Commissions sont informées de tout début, renouvellement et levée d'hospitalisation sans le consentement du malade mental, examinent certains cas individuels, visitent les établissements, reçoivent les réclamations des personnes hospitalisées ou de leur conseil et présentent chaque année le rapport de leur activité au Conseil départemental de santé mentale¹⁶⁰⁰. En dépit de ces compétences étendues et de leur évidente impartialité et indépendance quant à leur composition, ces Commissions ne peuvent être qualifiées de «tribunal» au sens de la Convention, essentiellement en raison de l'absence d'un pouvoir décisionnel en matière de révocation du placement forcé¹⁶⁰¹. Elles exercent un rôle non négligeable dans le cadre de la politique nationale préventive en matière de respect des droits des patients internés de force.

¹⁵⁹⁷ Sur cette question, *infra* III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3, i.b).

¹⁵⁹⁸ Il s'agit sans doute de l'héritage de l'art. 29 de la Loi française de 1838, selon lequel les tribunaux de l'ordre judiciaire étaient seuls compétents pour ordonner la mise en liberté immédiate de l'interné après vérification de son état de santé, DOURAKI (1), pp. 295-297.

¹⁵⁹⁹ Art. L.332-3 et 332-4 de la Loi française N° 90-257.

¹⁶⁰⁰ Art. L.332-4 de la Loi française N° 90-257 ainsi qu'à titre d'exemple la Circulaire DGS/SP 3 N° 96-116 du 15 février 1996 relative au rapport d'activité de la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques pour l'année 1995, Bulletin officiel, 28 mars 1996, N° 96/10, texte N° 493, pp. 179-183, qui rappelle le contenu du rapport d'activité devant être transmis au Ministre chargé de la santé.

¹⁶⁰¹ Sur cette problématique, également, *infra* III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3, i.b).

Des Commissions régionales de santé mentale existent aussi en Tunisie. Elles ont pour mission d'examiner la situation des malades mentaux au regard du respect de leurs libertés individuelles et de leur dignité humaine. Leurs compétences ne diffèrent guère de celles des Commissions départementales françaises¹⁶⁰².

Les Commissions départementales françaises sont au Tribunal de grande instance ce que les Commissions de suivi de la Loi de santé mentale¹⁶⁰³ sont au MHRT anglais. Les Commissions anglaises, autorités sanitaires spéciales nommées par le Secrétaire d'Etat aux affaires sociales et divisées en trois groupes régionaux basés à Londres, Liverpool et Nottingham, sont prévues par la Loi de santé mentale¹⁶⁰⁴. Elles se composent d'environ quatre-vingt-dix membres – médecins, infirmières, psychologues, travailleurs sociaux, hommes de loi et profanes. Les fonctions de ces Commissions sont multiples et essentiellement à caractère préventif. Leur responsabilité primaire demeure la protection des patients internés. Leurs membres rendent visite aux patients, s'entretiennent en privé avec eux, enquêtent sur d'éventuelles plaintes déposées par les patients à propos du traitement¹⁶⁰⁵, établissent des rapports d'activité et jouent un rôle particulièrement important pour le respect du droit du malade mental au consentement au traitement¹⁶⁰⁶.

¹⁶⁰² Art. 33-36 de la Loi de Tunisie N° 92-83.

¹⁶⁰³ Rappelons que par le passé l'expression «Mental Health Review Tribunal» était traduite par la Commission par «Commission de contrôle psychiatrique», CommEDH, req. 12039/86, Roux c. Royaume-Uni, DR 38, pp. 272-273. Du point de vue terminologique, une telle traduction pouvait prêter à confusion avec les Commissions de suivi de la Loi de santé mentale.

¹⁶⁰⁴ Art. 121 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni. LOUZON indique que historiquement la Loi sur les aliénés de 1845 établissait la «Commission des aliénés» qui avait une fonction d'inspection. Ses membres étaient désignés par le Ministre de la justice et avaient le pouvoir d'enquêter sur les institutions, de superviser leurs règlements et de visiter les patients. En 1913, elle fut remplacée par le «Bureau de contrôle» qui fut doté de la responsabilité supplémentaire d'examiner les documents d'internement et de décider de la sortie des patients. La Loi sur la santé mentale de 1983 a aboli ce Bureau et a redistribué les tâches: le service consultatif de santé pour les hôpitaux psychiatriques et les équipes de développement national pour les handicapés mentaux sont devenus compétents pour superviser l'état des établissements, le pouvoir de faire sortir les patients a été attribué aux MHRT, la fonction d'examiner les documents relatifs aux internements a été confiée aux administrateurs des hôpitaux et la responsabilité des enquêtes sur plainte a été donnée au «Commissionnaire du service de santé», LOUZON, pp. 36-37.

¹⁶⁰⁵ Le droit de porter plainte ne doit pas être confondu avec le droit de recours juridictionnel, infra, III^e Partie, section C, sous-section b).

¹⁶⁰⁶ Les Commissions sont chargées, notamment, de nommer les praticiens pour vérifier le consentement au traitement ou pour émettre un second avis; elles reçoivent et examinent les rapports que les médecins chefs ont l'obligation de transmettre au Secrétaire d'Etat aux affaires sociales concernant les traitements. Elles ont également élaboré le Code de déontologie (*Code of Practice*) qui traite des règles d'admission sous contrainte qui, bien que n'ayant pas de force juridique contraignante, s'imposent aux praticiens en raison de leur caractère éthique. Les Commissions s'érigent ainsi, en quelque sorte, en observatoires nationaux de santé mentale dotées, d'une part, d'un rôle de recommandation quant à la politique de santé mentale et à sa programmation, et, d'autre part, d'un rôle de comité d'éthique, LOUZON, pp. 37-38 et 53.

Au Japon il existe également dans chaque préfecture, un Conseil local de santé mentale chargé d'enquêter et de statuer sur les affaires relevant de la santé mentale. Il s'agit d'un organe de nature consultative: il répond aux questions du Gouverneur et il émet à son intention des avis sur tout aspect de la santé mentale. Des Commissions d'enquête sur les traitements psychiatriques sont aussi instituées, toujours dans chaque préfecture, aux fins d'évaluer la nécessité d'une hospitalisation ou la possibilité d'une libération ou d'un traitement plus approprié. Ces organes sont indépendants de l'exécutif mais ils n'ont aucune compétence juridictionnelle¹⁶⁰⁷.

En bref et pour une protection adéquate du malade mental hospitalisé de force, les tribunaux mixtes apparaissent, à notre avis, plus efficaces que les juridictions classiques quand bien même ces dernières peuvent bénéficier de l'assistance de commissions psychiatriques consultatives, qui ont surtout une fonction d'inspection et de promotion de santé mentale. Compte tenu de leur composition, ces tribunaux sont mieux à même de saisir la portée de la problématique, essentiellement interdisciplinaire, sur laquelle ils doivent se prononcer. Le risque que «l'esprit de corps» affecte en quelque sorte la décision finale, en confirmant par exemple le diagnostic du médecin chef de l'établissement en cause, se trouve limité par l'implication d'autres «corps de métiers», notamment des juristes. La Cour a par ailleurs souligné que la présence de magistrats professionnels au sein d'un organe est une marque de son indépendance. Elle n'exige toutefois pas que l'organe soit exclusivement composé de magistrats, celui-ci pouvant être composé en majorité de fonctionnaires ou de représentants des diverses couches socioprofessionnelles, à tout le moins dans la mesure où ces derniers bénéficient d'un statut légal ou organique propre à les prémunir contre les pressions extérieures¹⁶⁰⁸.

Indépendamment de sa qualification et de sa composition – juridiction classique ou organisme hétéroclite – le «tribunal» au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH doit pouvoir ordonner la libération du malade mental.

i.b) Le pouvoir «libératoire»

Pour répondre aux exigences conventionnelles, le tribunal doit non seulement être indépendant et impartial, mais également être compétent pour

¹⁶⁰⁷ Art. 13, 16, 17 et 38 al. 4 de la Loi du Japon N° 123 de 1950.

¹⁶⁰⁸ VELU/ERGEC, pp. 454-455 et la jurisprudence citée. Une partie de la doctrine soutient toutefois qu'une juridiction disciplinaire qui compterait plus de praticiens que de magistrats ne répondrait pas aux exigences de la Convention, *ibid.*, p. 456 et les références citées.

«ordonner» la libération du patient; une simple compétence consultative à cet égard n'est pas suffisante¹⁶⁰⁹.

En d'autres termes, quelle que soit sa composition ou sa dénomination, le «tribunal» mentionné à l'art. 5 al. 4 CEDH doit disposer d'un «pouvoir décisionnel», comme le qualifient les auteurs du «Livre blanc»¹⁶¹⁰, qui lui permette d'ordonner la libération du malade mental si la détention ne se justifie plus.

L'art. 5 al. 4 CEDH impose, comme nous l'avons vu, le recours juridictionnel sans indiquer ce qu'il faut comprendre par «tribunal». Le terme «ordonner» reproduit *expressis verbis* dans cette disposition oblige les systèmes juridiques internes à se conformer à certaines caractéristiques propres à une juridiction de type classique. D'une manière générale, une cour interne traditionnelle est dotée d'un pouvoir décisionnel contraignant. Il n'en va pas toujours de même, ainsi que nous venons de le constater¹⁶¹¹, pour certains organes mixtes, qu'il s'agisse de tribunaux ou de commissions. L'impossibilité éventuelle de pouvoir ordonner la mise en liberté du malade mental quand son hospitalisation ne se justifie plus, ou n'a jamais été justifiée, rend la voie de recours inadéquate aux exigences de la Convention.

La jurisprudence conventionnelle a consacré une telle vision dans l'affaire X c. Royaume-Uni¹⁶¹², où la Cour a contesté la qualification de tribunal à l'organe spécialisé compétent. Le cas se déroulait encore sous l'empire de l'ancienne loi et l'organe spécialisé était le pendant du MHRT actuel. La Cour a conclu à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH principalement en raison du manque de compétence du tribunal de l'époque d'ordonner la libération du malade mental, ce tribunal n'ayant que des pouvoirs consultatifs¹⁶¹³.

Pour une meilleure compréhension de la portée de cet arrêt, il convient de rappeler que le requérant était un délinquant malade mental. A ce titre, il faisait l'objet d'une «ordonnance apportant restriction à la sortie» qui se greffait sur l'ordonnance de placement forcé. La Loi de 1959 prévoyait dans ce cas que le Ministre de l'Intérieur était le seul à pouvoir décider de la levée totale ou partielle de cette mesure. L'unique fonction du MHRT de l'époque était le conseil périodique du Ministre sur l'état des patients, son opinion n'étant

¹⁶⁰⁹ CourEDH, affaire Benjamin et Wilson c. Royaume-Uni, arrêt du 26 septembre 2002, §§ 33-36; CourEDH, affaire Curley c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mars 2000, § 32; CourEDH, affaire D. N. c. Suisse, arrêt du 29 mars 2001, § 39; CourEDH, affaire Singh c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, §§ 66; CourEDH, affaire Hussain c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, §§ 56-58; CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du mars 1987, § 61 et CommEDH, req. 12039/86, Roux c. Royaume-Uni, DR 48, pp. 263, 272-273.

¹⁶¹⁰ «Livre blanc», Glossaire.

¹⁶¹¹ Supra, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3, i.a.c) et i.a.d).

¹⁶¹² CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981.

¹⁶¹³ Ibid., § 61.

toutefois pas contraignante. Le Ministre pouvait notamment s'en écarter si les expertises médicales étaient concordantes ou si les intérêts de la sécurité du public ne s'y opposaient pas¹⁶¹⁴.

A la suite de l'affaire *X c. Royaume-Uni* précitée, une des modifications essentielles de la Loi sur la santé mentale a été, en effet, celle d'étendre les pouvoirs décisionnels du MHRT également au cas des délinquants malades mentaux particulièrement dangereux. Les pouvoirs du Ministre de l'Intérieur subsistent néanmoins¹⁶¹⁵. En 1986, DOURAKI affirmait que, dans la pratique, le pouvoir du Ministre ne s'exerçait qu'exceptionnellement, soit lorsque le MHRT refusait d'ordonner la libération du malade mental¹⁶¹⁶. Si un organe juridictionnel, composé notamment d'experts du milieu de la santé mentale, considère la mise en liberté du malade mental comme n'étant pas encore opportune, nous doutons qu'un organe politique puisse s'en distancier. Nous en doutons d'autant plus que le rôle prépondérant du Ministre de l'Intérieur consiste à protéger le public de la dangerosité du malade délinquant.

Dans l'affaire *Benjamin et Wilson c. Royaume-Uni*¹⁶¹⁷, la Cour semble nous donner raison, à tout le moins partiellement. Elle a relevé qu'après l'entrée en vigueur de la Loi sur les droits de l'homme de 1998 (*Human Rights Act 1998*), les recommandations du MHRT sont désormais contraignantes pour le Ministre de l'intérieur¹⁶¹⁸. Elle a toutefois dénoncé le fait que, nonobstant ladite modification législative, en cas des malades mentaux délinquants dangereux, le Ministre demeure le seul compétent pour prendre la décision finale de lever la mesure privative de liberté. Une telle prérogative était incompatible avec le principe fondamental de la séparation des pouvoirs et violait l'art. 5 al. 4 CEDH¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁴ CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981, § 14.

¹⁶¹⁵ En plus du cas des malades délinquants soumis à une ordonnance de restriction régie par l'art. 41 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni, le MHRT possédait, et possède encore aujourd'hui, un pouvoir général d'ordonner la libération de tout patient psychique. L'ordonnance de restriction est prise par la Cour d'Assise, sans limite de temps ou pour une durée déterminée. Cette ordonnance a pour but de protéger le public d'un sérieux dommage et ne concerne que les malades mentaux délinquants dangereux; elle est adoptée en fonction de la nature du délit, des antécédents du délinquant et du risque de récidence, LOUZON, pp. 31-32 ainsi que DOURAKI (1), pp. 282-290.

¹⁶¹⁶ DOURAKI (1), p. 288.

¹⁶¹⁷ CourEDH, affaire *Benjamin et Wilson c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 septembre 2002.

¹⁶¹⁸ Art. 6 du Human Rights Act 1998 du Royaume-Uni.

¹⁶¹⁹ CourEDH, affaire *Benjamin et Wilson c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 septembre 2002, § 36. Il convient de relever qu'en 2001, le Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni a été formellement modifié pour lever toute incompatibilité avec la CEDH. Désormais, le MHRT ordonne la libération du malade mental délinquant dangereux ou pas s'il estime que les critères justifiant la détention ne sont plus remplis, Arrêté du 18 novembre 2001 relatif au Mental Health Act de 1983 (Adaptation).

Toujours au Royaume-Uni et en raison de l'absence du pouvoir d'ordonner la libération du détenu, la Commission de libération conditionnelle – prévue par la Loi de justice criminelle et qui n'avait qu'un pouvoir consultatif à l'intention du Ministre de l'intérieur – avait été considérée comme non conforme à la Convention¹⁶²⁰.

Dans le même ordre d'idées mais dans une affaire belge, Van Droogenbroeck c. Belgique¹⁶²¹, la Cour a indiqué que la Commission pour récidivistes internés mis à la disposition du gouvernement n'était pas non plus un tribunal au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH. Cette Commission se limite en effet à donner au Ministre de la justice un avis – non contraignant – sur l'opportunité de la libération des récidivistes et des délinquants d'habitude internés ainsi que sur les conditions dont doit être assortie ladite libération. Dès lors, elle n'est qu'un organe consultatif¹⁶²².

En présence des juridictions de type classique, l'existence du pouvoir d'ordonner la libération ne doit pas être considérée comme implicite.

Dans l'affaire E. c. Norvège (N° 1)¹⁶²³, souvenons-nous, le requérant soutenait que les juridictions norvégiennes ne pouvaient pas ordonner sa libération. Il se plaignait du fait que l'autorité administrative, ayant ordonné la mesure de sûreté, avait un pouvoir discrétionnaire qui ne laissait aucune marge de manœuvre à l'autorité judiciaire. La constatation que les tribunaux n'avaient jamais traité ni infirmé une décision administrative confirmait selon lui ses allégations. La Commission avait épousé cette argumentation et considéré que l'état de la jurisprudence norvégienne ne permettait pas de conclure à l'existence d'un contrôle juridictionnel d'une ampleur suffisante, ce qui renforçait la thèse du requérant¹⁶²⁴. La Cour, en revanche, a suivi une autre voie. Elle a restreint la portée de la décision de la Commission, en précisant que l'argumentation du requérant s'expliquait par l'incertitude jurisprudentielle qui caractérisait la situation juridique en Norvège. Elle a ensuite renversé le fardeau de la preuve, le mettant à charge du requérant. Pour ce faire, elle s'est référée d'une manière abstraite aux principes généraux du contrôle judiciaire qui confèrent un caractère exécutoire aux décisions judiciaires et a conclu que si le tribunal interne avait accueilli la thèse du requé-

¹⁶²⁰ CourEDH, affaire Curley c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mars 2000, §§ 29-34; CourEDH, affaire Singh c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, §§ 66-69; CourEDH, affaire Hussain c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, §§ 56-61; CourEDH, affaire Wynne c. Royaume-Uni, arrêt du 18 juillet 1994, § 45; CourEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnel c. Royaume-Uni, arrêt du 25 octobre 1990, § 80 et CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987, §§ 26-28 et 64.

¹⁶²¹ CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984.

¹⁶²² Ibid., §§ 22 et 50.

¹⁶²³ CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990.

¹⁶²⁴ CommEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), avis du 16 mars 1989, §§ 141-142.

rant, rien ne laissait croire qu'il aurait refusé d'ordonner sa libération¹⁶²⁵. A notre avis, qui est partagé par TRECHSEL¹⁶²⁶, la Cour va un peu vite en besogne et se montre trop confiante envers le Gouvernement¹⁶²⁷. Une confiance si immédiate dans le pouvoir judiciaire interne peut se révéler risquée.

Quoi qu'il en soit, le pouvoir d'ordonner la libération du malade mental est vraisemblablement l'élément déterminant, et aussi le plus facile à examiner, du critère fonctionnel de la notion conventionnelle autonome de «tribunal». Ainsi que nous venons de le voir¹⁶²⁸, c'est l'existence de ce pouvoir qui confère aux organismes, comme le Conseil genevois de surveillance psychiatrique ou la Commission écossaise du bien-être mental, qui ont également des fonctions consultatives et d'inspection, la qualification de tribunal au sens de la Convention.

En revanche, d'autres organismes, à l'instar de la Commission anglaise de suivi de la Loi de santé mentale ou des Commissions psychiatriques départementales françaises sont reléguées au rang de simples organes consultatifs¹⁶²⁹, quand bien même elles répondent aux exigences d'impartialité et d'indépendance requises pour des tribunaux. Souvent, ces commissions peuvent proposer aux juridictions compétentes d'ordonner la sortie du malade mental¹⁶³⁰, le dernier mot appartenant toutefois au juge.

En Russie, par exemple, chaque établissement psychiatrique est doté d'une Commission de psychiatres. Cette Commission décide en premier lieu du bien-fondé de l'hospitalisation forcée. Si elle la considère comme justifiée, elle transmet un rapport au juge qui statue; dans le cas contraire, elle peut décider de la libération immédiate du patient. Durant les six premiers mois de placement, la Commission contrôle et détermine une fois par mois la

¹⁶²⁵ CourEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), arrêt du 29 août 1990, § 61.

¹⁶²⁶ TRECHSEL (3), p. 327.

¹⁶²⁷ La Commission avait adopté exactement le raisonnement inverse de celui de la Cour. Elle avait mis le fardeau de la preuve à la charge du Gouvernement en affirmant qu'elle n'avait pas été en mesure d'établir que les tribunaux avaient le pouvoir d'ordonner la libération immédiate du requérant. Aucune jurisprudence interne n'existait dans laquelle une décision prise par l'administration conformément à l'art. 39 du Code pénal avait été annulée par les tribunaux. La simple affirmation du Gouvernement selon laquelle les tribunaux pouvaient annuler une décision administrative n'avait pas été considérée comme suffisante, CommEDH, affaire E. c. Norvège (N° 1), avis du 16 mars 1989, §§ 141-142.

¹⁶²⁸ Supra, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3, i), i.a.c) et les exemples cités.

¹⁶²⁹ Supra, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3, i), i.a.d). En guise d'introduction à des développements ultérieurs, il convient d'indiquer que ces diverses commissions internes ne sont pas des «tribunaux» au sens de l'art. 5 al. 4 CEDH mais pourraient être considérées comme des instances nationales au sens de l'art. 13 CEDH. Tel est notamment le cas lorsqu'elles instruisent les plaintes déposées par les patients sur les conditions de placement, infra, III^e Partie, section C, sous-section b).

¹⁶³⁰ Art. 32 al. 2 de la Loi de Fédération de Russie du 2 juillet 1992 ainsi que l'art. L.332-4 al. 7 de la Loi française N° 90-527.

nécessité de la prolongation dudit placement. Au terme de cette période de six mois, elle adresse un rapport au juge afin que celui-ci se détermine. Au delà de l'échéance de ce délai de six mois, le contrôle est exercé chaque année par le juge¹⁶³¹.

A notre avis, les Commissions précitées ne peuvent pas être qualifiées de «tribunaux» au sens de la Convention. En effet, quand bien même chaque Commission décide en premier lieu de la poursuite ou non de l'hospitalisation, c'est toujours le juge qui a le dernier mot à cet égard.

La recherche d'un compromis entre, d'une part, l'octroi d'une confiance presque aveugle dans le pouvoir judiciaire classique en sa qualité de seul gardien adéquat des libertés individuelles et, d'autre part, la nécessité dans ce domaine d'assurer au mieux un examen interdisciplinaire du cas d'espèce, est à l'origine de ce qui précède. La solution, qui consiste à prévoir un tribunal mixte en première instance avec la possibilité de recourir auprès d'une juridiction classique en deuxième instance, permettrait de sauvegarder le rôle historique des tribunaux ordinaires tout en facilitant leur tâche dans un domaine aussi spécialisé que celui de la maladie mentale.

En résumé, d'un point de vue fonctionnel, l'autorité appelée à connaître du recours juridictionnel d'une personne hospitalisée de force doit être indépendante de l'exécutif et des parties, y compris de l'administration de l'établissement psychiatrique, et doit pouvoir ordonner la libération du malade mental. La Cour n'impose pas une composition particulière de ladite autorité aussi longtemps que ces conditions sont respectées. En dépit de la croyance, désormais dépassée, selon laquelle les tribunaux classiques sont les meilleurs gardiens du respect des libertés, le développement des tribunaux à composition mixte constitue l'avenir de la protection du malade mental. Cet avenir passe à tout le moins par le renforcement des commissions psychiatriques consultatives remplissent également des fonctions plus générales de prévention et de contrôle éthique. Il serait judicieux de suivre le modèle anglo-saxon

¹⁶³¹ Art. 32 et 36 de la Loi de Fédération de Russie du 2 juillet 1992. Il convient de relever qu'en Russie sous l'empire de l'ancienne loi, les Commissions de psychiatres ne devaient en référer – et ce seulement dans les cas complexes et litigieux – qu'à la Commission placée sous la direction du Psychiatre en chef de l'Organisme de santé publique compétent pour la juridiction dont relevait l'établissement psychiatrique, art. 20 et 21 du Décret N° 8282-XI. Il semble qu'aucun organe juridictionnel ne contrôlait l'hospitalisation. Le Psychiatre en chef était une autorité administrative, quand bien même il était chargé de fonctions multiples, dont certaines quasi-juridictionnelles. Il s'occupait notamment de présenter des suggestions concernant la politique de santé mentale, du contrôle logistique et préventif sur les établissements, de l'instruction des plaintes, de décider de l'opportunité de nouveaux examens psychiatriques et de l'opportunité de la prolongation du séjour forcé ainsi que de la présentation des requêtes devant les tribunaux visant à interrompre ou à modifier des mesures contraignantes (art. 23-25). Pour les malades, la voie de recours judiciaire contre les actes illégaux commis par les fonctionnaires lésant les droits de citoyens subsistait (art. 27).

pour les territoires à forte densité de population et la solution genevoise ou écossaise lorsque la densité de population est faible.

Cependant et au delà de nos souhaits, la Convention impose indifféremment le respect d'un certain nombre de droits procéduraux essentiels, tant pour les tribunaux classiques que pour les organes juridictionnels mixtes. On parle alors de l'aspect «qualitatif» de la notion de «tribunal».

ii) *Le critère qualitatif*

Depuis l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*¹⁶³², pour être qualifié de «tribunal» au sens de la Convention et, en particulier, de l'art. 5 al. 4 CEDH, un organe interne «doit offrir les garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté»¹⁶³³. Ces garanties ne doivent pas nécessairement être identiques dans tous les cas où intervient un tribunal. Pour déterminer si une procédure judiciaire est conforme, il faut tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles elle se déroule et garantir une participation adéquate de l'individu frappé par la décision litigieuse¹⁶³⁴. Il appartient d'ailleurs à chaque individu, en premier lieu, de trouver les voies de droit adéquates qui s'offrent à lui «car les lacunes d'une certaine procédure peuvent être comblées par les garanties qu'en offrent d'autres»¹⁶³⁵.

Pour comprendre ce qu'il faut entendre par «participation adéquate», il faut se référer, à tout le moins dans un premier temps, à l'art. 6 CEDH et, notamment, à la notion de procès équitable¹⁶³⁶. Il est vrai que les instances judiciaires relevant de l'art. 5 al. 4 CEDH ne doivent pas toujours s'assurer des garanties identiques à celles que la disposition susmentionnée prescrit pour

¹⁶³² CourEDH, affaire *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971.

¹⁶³³ *Ibid.*, § 76.

¹⁶³⁴ *Ibid.*, ainsi que CourEDH affaire *Varbanov c. Bulgarie*, arrêt du 5 octobre 2000, § 58; CourEDH, affaire *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 1987, § 66 et *VELU/RUSEN*, pp. 302-303.

¹⁶³⁵ CourEDH, affaire *Van Droogenbroeck c. Belgique*, arrêt du 24 juin 1984, § 56; CourEDH, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981, § 60 et CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, § 62. Il s'agit du principe de l'épuisement des voies de recours internes avant la saisine des Juges de Strasbourg. *WACHENFELD* dénonce une interprétation souvent trop rigoureuse qui mettrait à la charge du requérant «obligé de trouver le chemin approprié», un fardeau trop lourd qui pourrait affecter l'efficacité du droit au recours juridictionnel, *WACHENFELD*, p. 186.

¹⁶³⁶ La notion de procès équitable est une notion pragmatique autonome qui contient certaines garanties non exhaustives constituant les éléments essentiels des droits de la défense, *VELU/ERGEC*, pp. 400-437, 482-508; mais surtout *GUINCHARD*, pp. 183-190; *MATSCHE* (2), pp. 449-453; *QUILLERE-MAJZOUB*; *VAN DIJK/VAN HOOFF*, pp. 428-438; *PEUKERT*, pp. 600-624; *STAVROS*, surtout aux pp. 42-299; *TRECHSEL* (6), pp. 1-16. La notion de procès équitable imprègne aussi l'art. 14 du Pacte II, notamment *NOWAK*, pp. 233-274; ainsi que l'Observation générale N° 13 sur l'art. 14 du Pacte II, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.1, du 29 juillet 1994, pp.16-20, et l'art. 8 CADH, *NIKKEN*, p. 102.

les litiges civils ou pénaux¹⁶³⁷. Sous de nombreux aspects, toutefois, la privation de liberté touchant les malades mentaux hospitalisés s'apparente fort à celle qui pourrait être ordonnée par une juridiction pénale. Dès lors, les garanties de procédure ne devraient pas être sensiblement inférieures à celles imposées par l'art. 6 CEDH en matière pénale¹⁶³⁸. Les Etats sont toutefois libres de se montrer plus généreux¹⁶³⁹. Si le malade mental est un délinquant, l'application des garanties du procès équitable est moins controversée¹⁶⁴⁰.

Dans sa première jurisprudence déjà, la Commission avait affirmé que les malades mentaux devaient pouvoir bénéficier de certains droits découlant du procès équitable¹⁶⁴¹. Dans l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas, la Cour est allée plus loin. Quand bien même elle a admis que les instances judiciaires relevant de l'art. 5 al. 4 CEDH ne doivent pas toujours assurer des garanties identiques à celles prescrites par l'art. 6 CEDH, elle a néanmoins conclu que des «garanties spéciales» de procédure peuvent s'imposer¹⁶⁴².

Cette notion de «garanties spéciales» de procédure se retrouve également dans les textes en sus, dirons-nous, des «garanties ordinaires». La Recommandation N° R (83) 2 en souligne l'importance notamment quand le placement est ordonné dans un premier temps par un organe qui n'est pas

¹⁶³⁷ CourEDH, affaire Assenov Anton c. Bulgarie, arrêt du 28 octobre 1998, § 162; CourEDH, affaire Megyeri c. Allemagne, arrêt du 12 mai 1992, § 22; CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 60 ainsi que CommEDH, req. 4898/71, X c. Autriche, Recueil 43, p. 23. Le TF a jugé que les garanties de procédure dans le cadre du contrôle juridictionnel de la détention résultent exclusivement de l'art. 5 al. 4 CEDH, l'art. 6 al. 1 CEDH n'étant pas directement applicable, ATF 114 la 182 consid. 3b.

¹⁶³⁸ VELU/ERGEC, pp. 394-396 ainsi que SOYER/DE SALVIA (1), pp. 249-256. Dans l'affaire dite «des Vagabonds», la longueur de la privation de liberté fut notamment déterminante. La Cour a relevé que, du point de vue qualitatif, le Juge de paix n'était pas un tribunal, les quelques garanties judiciaires assurées, comme la publicité de l'interrogatoire et du prononcé, étant insuffisantes, CourEDH, affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, §§ 77-80.

¹⁶³⁹ Dans l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas, le requérant soutenait que l'expression «selon les voies légales» contenue à l'art. 5 al. 1 CEDH impliquait la garantie du respect de certains principes élémentaires de procédure judiciaire, tels que notamment le devoir d'informer l'intéressé, de l'entendre, de lui offrir un moyen de participer à l'instance et de bénéficier d'une assistance juridique, CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 44. La Cour a considéré, en revanche, ainsi que nous l'avons vu, que cette expression consacre seulement l'obligation de se conformer à la procédure interne. Dans le cas où le droit interne prescrit des garanties que les autorités internes auraient omis de respecter, les Juges de Strasbourg pourront bien évidemment intervenir. Dans le même sens, CommEDH, req. 6852/74, X c. Pays-Bas, DR 15, p. 12, où la Commission avait constaté que la let. e) de l'art. 5 CEDH ne fixait pas de garanties minimales de procédure. Voir également, supra, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 1.

¹⁶⁴⁰ CommEDH, req. 13157/87, Callens c. Belgique, DR 70, p. 170 où la Commission avait considéré que si l'intéressé est inculpé et interné en vertu de la Loi belge de défense sociale, l'art. 6 CEDH et la notion d'accusation en matière pénale s'appliquent.

¹⁶⁴¹ CommEDH, req. 3324/67, décision du 5 décembre 1969.

¹⁶⁴² CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 60 *in fine*.

judiciaire. Dans ce cas, en effet, le juge n'intervient pas dès le début de la procédure et des «garanties spéciales» devraient être reconnues au patient. Tout d'abord, la personne ou l'organe qui décide du placement doit être distinct de celui ayant requis ou recommandé le placement. L'intéressé doit également être immédiatement informé de ses droits et pouvoir déposer un recours auprès d'un organe juridictionnel qui prendra sa décision selon une procédure simple et rapide. Enfin, il a le droit à ce qu'une personne soit désignée pour l'assister en vue de décider de l'opportunité de former ce recours¹⁶⁴³.

Aujourd'hui, ces garanties spéciales sont acquises pour les malades mentaux. Il en va par ailleurs de même pour les autres droits procéduraux codifiés par la Recommandation précitée, comme le droit d'être entendu et de bénéficier de l'assistance d'un conseil¹⁶⁴⁴. N'oublions pas que ce texte a désormais plus de vingt ans. En ce qui concerne sa sœur cadette, la Recommandation 1235 (1994), celle-ci se borne à indiquer qu'un code des droits des malades doit être porté à la connaissance des patients lors de leur entrée dans l'établissement¹⁶⁴⁵. Pour découvrir ce que ce code devrait contenir, il faut nécessairement se référer à la jurisprudence des organes conventionnels. Une telle confiance repose sans doute sur la constatation que certaines garanties essentielles sont acquises. La nature évolutive des garanties procédurales a peut-être également joué un rôle dissuasif. Les auteurs du «Livre blanc» ont codifié quelques droits de procédure complémentaires¹⁶⁴⁶, qui ont d'ailleurs été repris par la Recommandation N° REC(2004)10¹⁶⁴⁷.

Il manque au sein du Conseil de l'Europe une liste comme celle qui a été élaborée par les Nations Unies. Un seul principe, intitulé de manière très évocatrice «garanties de procédure»¹⁶⁴⁸, énumère toutes les prérogatives dont le patient doit pouvoir bénéficier pour contester, le cas échéant, la décision de placement¹⁶⁴⁹. L'élaboration de cette liste est d'autant plus digne de mérite que les Principes des Nations Unies s'adressent à la communauté internationale toute entière comportant des difficultés d'harmonisation plus grandes que

¹⁶⁴³ Art. 4 al. 2 de la Recommandation N° R (83) 2 ainsi que l'Exposé des motifs, §§ 21-26.

¹⁶⁴⁴ Art. 4 al. 3, *ibid.*

¹⁶⁴⁵ Art. 7 al. 1 let. d) de la Recommandation 1235 (1994).

¹⁶⁴⁶ «Livre blanc», par. 14.

¹⁶⁴⁷ Art. 6, 13, 22 et 23 de la Recommandation N° REC(2004)10.

¹⁶⁴⁸ Ce titre a peut-être été inspiré par la CADH, dont l'art. 8, qui traite des droits procéduraux, s'intitule «Garanties judiciaires».

¹⁶⁴⁹ Le Principe 18 des Principes des Nations Unies. Le Projet DAES avait opté pour une solution plus complexe que celle de la version définitive: l'art. 18 réglementait la forme et la communication de la notification de l'audience, l'art. 19 les droits procéduraux proprement dits du patient et l'art. 20 était consacré aux devoirs de l'avocat du malade. Dans la formule actuelle des Principes des Nations Unies, seul le droit du patient à l'accès aux informations le concernant et au dossier médical a, de par son importance, été expressément codifié dans un principe à part, à savoir le principe 19.

dans le cadre du Conseil de l'Europe. Grâce à cette liste, les Dix Principes de l'OMS ont pu se limiter au strict minimum en renvoyant pour le surplus à celle-ci¹⁶⁵⁰.

Quoi qu'il en soit et en l'état, il est difficile de déterminer une fois pour toute quelles sont les garanties de procédure, classiques ou spéciales, qui constituent le critère qualitatif d'un «tribunal» au sens de la Convention. Il s'agit sans autre des principes élémentaires de procédure judiciaire tels que, notamment, le droit de l'intéressé d'être informé, d'être entendu et d'être assisté par un avocat, éventuellement commis d'office. A ces principes fondamentaux classiques viennent néanmoins s'ajouter d'autres principes, dont la raison d'être n'est pas nécessairement liée à la notion de «tribunal» précitée. Partant et afin d'assurer une certaine rigueur dans nos développements, l'ensemble de ces garanties procédurales sera traité dans la section qui suit.

En bref, le droit de recours juridictionnel constitue la pierre angulaire de la constellation des droits procéduraux du malade mental privé de liberté. La possibilité d'obtenir un contrôle judiciaire efficace portant sur la légalité et la régularité de la mesure privative de liberté représente, en effet, un moyen inégalable de lutte contre d'éventuels abus. Dans cette optique, la jouissance du droit de recours doit être garantie à un cercle de personnes le plus large possible et doit s'étendre à toute forme d'hospitalisation forcée. Le malade mental – qu'il soit délinquant ou non – doit pouvoir entreprendre la décision initiale d'hospitalisation et exiger également un contrôle périodique de celle-ci. Il doit pouvoir être procédé à ce contrôle, qui doit se faire à intervalles raisonnables, sur demande ou d'office. Afin de garantir au mieux la libération du malade lorsque l'état mental de ce dernier l'exige ou de faire en sorte qu'un placement, infondé depuis son prononcé, ne perdure indûment, le tribunal appelé à statuer doit délibérer dans un bref délai et avoir le pouvoir d'ordonner la mise en liberté. Ce tribunal est à lui seul en quelque sorte la cariatide de l'architecture du contrôle juridictionnel. Il peut s'agir d'un tribunal dans son acception classique ou, comme c'est de plus en plus souvent le cas aujourd'hui, d'un organisme spécialisé de nature administrative/juridictionnelle ayant une composition mixte. Indépendamment de sa structure, il doit impérativement offrir les garanties d'indépendance et d'impartialité inhérentes à sa dimension juridictionnelle. Cela n'est toutefois pas suffisant. Une fois saisi, cet organe doit permettre une participation adéquate du malade mental à la procédure de contrôle, sous peine d'invalidation de cette dernière. L'exigence qu'une telle participation soit assurée se traduit, en pratique, par la consécration d'une série de garanties procédurales essentielles ne cessant, avec le temps, de croître en nombre et en importance, ce qui introduit la section suivante.

¹⁶⁵⁰ Principe 7 des Dix Principes de l'OMS.

B. Les garanties procédurales

Quand bien même il n'existe pas *de jure* une hiérarchie entre les diverses garanties, certaines d'entre elles *de facto* – ou plutôt *de jurisprudentia* – sont pourvues d'une «auréole de gloire», étant érigées en garanties fondamentales de procédure (a). D'autres reposent sur une assise encore chancelante. Elles méritent néanmoins que nous nous y attardions, dans la mesure où elles sont le baromètre des prochaines évolutions de la protection du patient psychique (b). Il convient de préciser que ces garanties, quelles qu'elles soient, resteraient lettre morte si le malade mental n'était pas informé de leur existence ainsi que de la portée de la privation de liberté dont il fait l'objet (c).

Tenant compte de ce qui précède, nous allons esquisser dans les développements qui suivront une liste récapitulative des droits procéduraux des malades mentaux. Ces droits seront énumérés et analysés de manière systématique. L'approche descriptive peut être sujette à la critique mais elle présente l'avantage de faciliter la consultation des droits analysés.

a) Les garanties procédurales essentielles

Nous venons de le voir¹⁶⁵¹, le respect des garanties fondamentales de procédure représente une condition nécessaire, sans être toutefois suffisante, pour qu'un organe puisse être qualifié de tribunal au sens de la Convention¹⁶⁵². Ce respect s'impose lors de chaque contrôle périodique de la détention, ainsi que lors de la décision de placement originale; dans le cas contraire le contrôle n'est pas incorporé et/ou la Convention est violée¹⁶⁵³. Ces garanties essentielles ont été élevées au rang du «noyau irréductible»¹⁶⁵⁴ de toute procédure judiciaire. Dans le cas du malade mental hospitalisé, ce noyau consiste

¹⁶⁵¹ Supra, III^e Partie, section B, sous-section d), par. 3, ii).

¹⁶⁵² CourEDH, affaire Lanz c. Autriche, arrêt du 31 janvier 2002 §§ 40-43; CourEDH, affaire Lietzow c. Allemagne, arrêt du 13 janvier 2001, § 44; CourEDH, affaire Singh c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, §§ 65-69; CourEDH, affaire Hussain c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996 §§ 57-61 et CourEDH, affaire Iribarne Perez c. France, arrêt du 24 octobre 1994, § 32.

¹⁶⁵³ Sur la notion de contrôle incorporé et son application, supra, III^e Partie, section A, sous-section c), par. 1; ainsi que CourEDH, affaire De Wilde Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, §§ 76 *in fine* et 78; CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, §§ 56-60 et CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990, § 33. Dans cette dernière affaire, le contrôle n'a pas été considéré comme incorporé, faute d'une participation adéquate du requérant à la procédure initiale de privation de liberté, notamment sous l'angle du droit d'être entendu.

¹⁶⁵⁴ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 58.

notamment dans le droit pour ce dernier de présenter ses griefs – lui-même ou par l’intermédiaire d’un représentant – et de contredire les constatations médicales ou sociales invoquées à l’appui de sa détention¹⁶⁵⁵. Ainsi, la jurisprudence conventionnelle a dégagé principalement trois garanties fondamentales: le droit d’accès à un tribunal (1), le droit d’être entendu (2) et le droit à l’assistance d’un avocat (3).

La liste de ces droits n’est pas bien longue. L’approche des Juges de Strasbourg est casuistique, partant tributaire des aléas des cas d’espèce. A ceci s’ajoute la marge d’appréciation des Etats qui confère parfois un abri où il fait bon se réfugier lorsque la problématique à traiter est particulièrement sensible. Les considérations qui suivront ne pourront alors pas se borner à la jurisprudence conventionnelle, faute de quoi l’approche s’avérerait, par moments, anachronique, voire réductrice.

1) Le droit d’accès à un tribunal

Le droit d’accès à un tribunal constitue «la *prima donna*» des garanties judiciaires et justifie l’existence des autres¹⁶⁵⁶. «Les maladies mentales peuvent amener à restreindre ou à modifier ce droit»¹⁶⁵⁷ aussi longtemps que sa substance n’est pas atteinte. Le patient ne doit notamment pas se voir interdire l’accès à un tribunal en raison de son état de santé¹⁶⁵⁸, ce qui est parfois désigné comme l’«exception thérapeutique». Il incombe en effet à chaque Etat de s’assurer, d’une part, que l’organe compétent soit, du point de vue fonctionnel et qualitatif, apte à décider efficacement de la légalité de la détention et, d’autre part, que le malade mental ne soit pas sujet à des pressions de différentes sortes visant à le dissuader d’exercer son droit de recours¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵⁵ Ibid.

¹⁶⁵⁶ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 60; CourEDH, affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 76; ainsi qu’en général, JACOBS, pp. 197-212 et CourEDH, affaire Janosevic Velimir c. Suède, arrêt du 23 juillet 2002, §§ 83-990.

¹⁶⁵⁷ CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 60. Ce principe constitue en quelque sorte l’application de la notion de limitation implicite au droit d’accès à un tribunal que la Cour a élaboré principalement dans le cadre de l’art. 6 CEDH, CourEDH, affaire Golder c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1975, § 39.

¹⁶⁵⁸ Art. 7 al. 3 des Dix Principes de l’OMS.

¹⁶⁵⁹ Projet DAES, surtout aux pp. 18-19, où se trouvent reproduites les interventions de diverses organisations non gouvernementales dénonçant le caractère théorique du droit de recours des malades mentaux. L’Association genevoise pour les droits des usagers de la psychiatrie (ADUPSY), par exemple, accusait la pratique du Conseil de surveillance psychiatrique genevois antérieure à l’entrée en vigueur de la loi actuelle. Au lieu de vérifier le caractère légal des admissions et d’en contrôler le bien-fondé, le Conseil se contentait souvent d’entériner les décisions de ses confrères médecins sur la base d’un simple certificat médical qu’il recevait de l’Institution concernée ou du Département de la prévoyance sociale et de la santé publique. Le droit de recours avait une portée très large puisqu’il était ouvert pour tout individu y compris,

Le contrôle juridictionnel automatique constitue par ailleurs l'un des meilleurs moyens pour parer à cette dernière éventualité¹⁶⁶⁰. En revanche, quand le contrôle s'exerce à la demande du patient, le déclenchement de la procédure devrait être le plus simple possible. Une lettre¹⁶⁶¹ – succincte, voire lacunaire ou même éventuellement adressée à une autorité incompétente¹⁶⁶² – devrait pouvoir initier la procédure de contrôle – au mieux gratuitement¹⁶⁶³.

Il convient en outre d'être particulièrement vigilant lorsqu'une personne, désignée par une autorité, assiste le patient pour l'aider à décider de l'opportunité d'exercer le droit de recours¹⁶⁶⁴. Une telle désignation peut prévenir ou résoudre les conflits qui pourraient surgir entre le patient – qui, en raison de son état, n'est pas toujours en mesure de comprendre la situation et de défendre ses intérêts – et les personnes qui le représentent légalement – membres

bien évidemment, le malade mental lui-même. En pratique, toutefois, ce droit restait lettre morte car le malade mental n'était pas informé et ne pouvait l'exercer. Il était en effet enfermé, n'avait aucun contact avec le monde extérieur et subissait un traitement déstabilisant d'hydrothérapie et d'électrochocs. En outre, l'Institution de placement disposait des moyens de calmer un malade mental difficile. Aujourd'hui, plus de trente ans après, la situation a changé. La législation genevoise est considérée comme une de plus satisfaisante en matière de protection des droits des malades mentaux. Le cri d'alarme de l'ADUPSY ne doit pas pour autant être oublié.

¹⁶⁶⁰ Supra, III^e Partie, section A, sous-section c).

¹⁶⁶¹ Le droit fédéral suisse impose la forme écrite pour l'exercice du droit de recours (art. 397d al. 1 CCS) tandis que la demande de mise en liberté (art. 397d al. 2 CCS) n'est soumise à aucune condition de forme; il suffit que l'intéressé ait exprimé clairement sa volonté de requérir sa libération, ATF du 21 septembre 2001 [5C.219/2001] en la cause T. c. canton d'Argovie, consid. 2. L'intéressé ne doit, ni dans un cas ni dans l'autre, motiver sa requête, ATF du 12 décembre 1991 [1P.793/1991] en la cause G. c. canton Lucerne, consid. 4b. A Genève, l'art. 13 du Règlement d'exécution K 1 25.01 prévoit, également, que le droit d'appel immédiat – réglementé à l'art. 27 de la Loi genevoise K 1 25 – contre la décision du médecin s'exerce par simple lettre adressée au Président du Conseil de surveillance psychiatrique.

¹⁶⁶² A Genève, le juge doit soulever d'office l'incompétence *ratione materiae* et ordonner le renvoi, selon l'art. 98 de la Loi genevoise de procédure civile E 305. Dans le cas des malades mentaux, cette disposition ne s'appliquera cependant que rarement; dans la plupart des situations l'autorité incompétente saisie pourra être l'infirmier(ère), l'assistant(e) sociale, un médecin de l'établissement de placement ou le conseiller accompagnant. Ces personnes devront alors entreprendre les démarches nécessaires – notamment avertir les proches, le représentant légal ou l'avocat du malade – afin que l'organe compétent soit saisi. La Loi genevoise K 1 25 est, cependant, muette à cet égard. En droit fédéral, l'art. 397e al. 3 CCS prévoit la transmission immédiate au juge compétent. Le Message stipule au surplus l'obligation pour toute personne qui entre en contact avec le malade – gardiens, médecins ou membres de la direction de l'établissement ou d'une autorité – de transmettre le recours à l'autorité compétente, FF 1977 41.

¹⁶⁶³ Aux termes des art. 40 al. 2 de la Loi genevoise K 1 25 et 420 al. 1 de la Loi genevoise de procédure civile E 305, la procédure devant le Conseil de surveillance psychiatrique et devant les autorités tutélaires est gratuite. S'agissant de la procédure devant le Tribunal tutélaire, les frais d'expertise peuvent être mis à la charge du patient si sa situation financière le permet (art. 424, al. 1, deuxième phrase). En Italie, la Loi N° 180 prévoit à l'art. 5 al. 8 que «les appels et toute procédure subséquente seront exemptés du droit de timbre et que la décision du tribunal n'est pas soumise au droit d'enregistrement».

¹⁶⁶⁴ L'art. 4 al. 2 *in fine* de la Recommandation N° R (83) 2 ainsi que l'Exposé des motifs, § 24.

de la famille, personnes vivant avec le patient, etc. Le cadre d'intervention d'une telle personne ainsi que les conditions de sa nomination doivent être strictement délimitées¹⁶⁶⁵. Au surplus, le droit de recours dont bénéficieraient encore d'autres personnes intéressées doit subsister¹⁶⁶⁶ avec une portée la plus large possible¹⁶⁶⁷.

Les développements qui précèdent ne doivent cependant pas être mal interprétés. En pratique, le droit à l'accès à un tribunal pour statuer contre la décision initiale d'hospitalisation ou sa prolongation ne connaît pas formellement de graves restrictions.

D'une manière ou d'une autre, les patients réussissent à déclencher la procédure. A Genève, en moyenne entre 5% et 8% des patients placés de force déposent un recours contre leur hospitalisation¹⁶⁶⁸. Une telle moyenne peut paraître faible, surtout si l'on sait qu'un pourcentage encore plus faible de recours aboutit. Il serait possible de blâmer le manque d'efficacité des voies de droit internes, qui est peut-être dû à l'existence d'un fort esprit de corps au sein des divers professionnels du domaine de la santé mentale. Le faible nombre de recours pourrait toutefois être considéré comme un indice d'une situation juridico-medico-sociale satisfaisante. Une telle explication ne saurait être exclue *a priori*.

Une fois assuré l'accès à un tribunal, la difficulté majeure réside dans la façon dont la notion de «noyau irréductible des garanties procédurales fondamentales» est interprétée. Ainsi sommes-nous amenés à traiter de la principale de ces garanties, à savoir du droit d'être entendu.

2) Le droit d'être entendu

D'une manière générale, le droit d'être entendu consiste, principalement, dans le droit, pour tout individu, de s'expliquer avant qu'une décision judiciaire ne soit prise à son détriment, dans le droit de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, dans le droit

¹⁶⁶⁵ L'Exposé des motifs de la Recommandation N° R (83) 2, § 24, souligne que la personne, respectivement, l'autorité devant être désigné ne doit pas nécessairement être un juriste et qu'elle peut être nommée afin d'assister un patient déterminé ou alors dotée de la compétence générale d'assister tous les patients dans un territoire déterminé. Cette dernière option nous semble peu heureuse, l'assistance individuelle demeurant la plus efficace et rapide. Pour approfondir, *infra* III^e Partie, section B, sous-section b), par. 2.

¹⁶⁶⁶ Art. 4 al. 2 dernière phrase de la Recommandation N° R (83) 2 ainsi que l'Exposé des motifs, §§ 23-27.

¹⁶⁶⁷ Sur la question de la titularité du droit de recours juridictionnel, *supra*, III^e Partie, section A, sous-section b), par. 1.

¹⁶⁶⁸ WEBER, p. 59.

d'avoir accès au dossier et, enfin, dans le droit de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur sujet¹⁶⁶⁹.

Le droit d'être entendu du patient psychique lors de la décision d'hospitalisation et à l'occasion de son contrôle périodique constitue sans aucun doute le fondement d'un Etat de droit, soucieux du respect du principe du procès équitable. En effet, nulle procédure ne saurait être équitable et, *a fortiori*, adéquate, sans que la personne en cause ne puisse exposer son point de vue.

Pour apprécier la portée effective du droit d'être entendu, il convient de déterminer si le patient a le droit de comparaître personnellement ou si le fait d'entendre un représentant dûment mandaté peut être considéré comme suffisant (i). Ensuite, il faut examiner l'épineux problème du droit d'accès au dossier médical (ii), du droit d'être confronté aux experts psychiatres et, éventuellement, de celui de demander une contre-expertise indépendante (iii), tous corollaires du droit d'être entendu.

i) Comparution personnelle ou représentation?

Il serait souhaitable que le droit du malade mental d'être entendu personnellement soit érigé en principe duquel il ne serait permis de déroger qu'exceptionnellement. Le malade mental doit pouvoir exprimer son opinion, dès le début de la procédure d'hospitalisation¹⁶⁷⁰.

Ce droit peut être assuré même en privé, c'est-à-dire ailleurs que dans un tribunal et indépendamment du droit d'être présent à l'audience et d'y participer. C'est l'expression du principe du contradictoire qui veut que nul ne peut être jugé sans avoir été entendu par un tribunal ou appelé à comparaître devant lui¹⁶⁷¹.

Ce principe est acquis pour le malade mental délinquant (i.b), alors que, s'agissant du malade mental non délinquant, son application est encore imparfaite (i.a). Dans les deux cas, l'état de santé du malade mental devrait être la seule exception admise (i.c). Il va de soi que le malade mental reste libre de renoncer à exercer son droit d'être entendu en personne. Le cas de l'enfant malade mental mérite une attention particulière (i.d).

¹⁶⁶⁹ ATF 124 I 51 consid. 3; ATF 124 I 242 consid. 2; ATF 124 II 137 consid. 2b; ATF 124 V 181 consid. 1a et ATF 124 V 375 consid. 3b et les références.

¹⁶⁷⁰ Dans ce sens, l'art. 22 al. 3 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987 prévoit que le magistrat doit examiner personnellement la personne présumée malade mentale. En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le juge peut décider qu'un tel examen est inutile, auquel cas, il doit motiver par écrit sa décision.

¹⁶⁷¹ Ce principe a même été codifié par les auteurs du «Livre blanc», Glossaire, et par l'art. 20 al. 1 de la Recommandation N° REC(2004)10.

i.a) Le malade mental non délinquant

Si la lettre de l'art. 5 al. 4 CEDH n'est d'aucun secours, la Cour tente, d'une manière quelque peu maladroite, de s'aligner sur le principe du contradictoire en exigeant que «l'intéressé ait l'occasion d'être entendu lui-même ou, au besoin, moyennant une certaine forme de représentation»¹⁶⁷². Le malade mental ne jouit ainsi pas d'un droit absolu à comparaître en personne devant l'organe appelé à se prononcer sur sa privation de liberté. L'utilisation par la Cour de l'expression «au besoin» – ou «*where necessary*» dans la version anglaise – semble à tout le moins procéder de la volonté de souligner que la règle demeure la comparution personnelle du malade mental, tandis que le recours à un représentant ne doit être qu'exceptionnel.

La formule choisie par la Cour n'est pas des plus heureuses. Elle a toutefois été reprise comme telle par les auteurs du «Livre blanc», dans lequel il est clairement indiqué que «dans le cadre de la procédure suivant une demande auprès d'un tribunal ou d'un organe similaire, la personne placée comme patient involontaire devrait avoir le droit d'être entendue soit en personne soit, lorsque cela est nécessaire, par le biais d'un représentant»¹⁶⁷³. L'utilisation du conditionnel est particulièrement décevante. La Recommandation N° REC(2004)10 a néanmoins redressé le tir en prévoyant que «l'avis de la personne concernée» par la procédure de placement forcé doit être pris en considération et qu'à cet effet, ladite personne doit «être vue et consultée»¹⁶⁷⁴. L'Exposé des motifs explique, à juste titre, que cette consultation permet à l'instance compétente «d'acquérir une vision indépendante de la situation»¹⁶⁷⁵. Quelques années auparavant, les auteurs de la Recommandation N° R (83) 2 avaient déjà consacré *expressis verbis* le principe selon lequel «le patient doit avoir l'occasion effective d'être entendu par un juge personnellement»¹⁶⁷⁶. Ce principe a pour but d'éviter qu'une décision de placement ne se fonde que

¹⁶⁷² CourEDH, affaire *Ivanka c. Bulgarie*, arrêt du 25 mars 1999, §§ 59-66; CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, § 60 et CourEDH, affaire de *Wilde Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, § 76. Il est intéressant de constater la façon dont le droit conventionnel a pu évoluer. En 1969, la Commission avait en effet déclaré manifestement mal fondée une requête portant sur le contrôle de la légalité de la détention ayant eu lieu sans entendre ni le requérant ni son représentant et sans lui permettre de consulter le dossier, CommEDH, req. 3324/67, décision du 5 décembre 1969. En 1973, la Commission avait récidivé et affirmé que l'impossibilité pour le requérant et son défenseur d'assister à l'audience ne suffisait pas pour rendre vraisemblable que la procédure en cause avait été inéquitable, CommEDH, req. 4898/71, X c. Autriche, Rec. Vol. 43, p. 23 ainsi que CommEDH, req. 3151/67, X c. République fédérale d'Allemagne, Rec. Vol. 27, p. 128. La Commission avait néanmoins concédé que certains éléments de la notion de procès équitable devaient pouvoir s'appliquer dans le cas des malades mentaux.

¹⁶⁷³ «Livre blanc», par. 14.

¹⁶⁷⁴ Art. 20 al. 1 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, § 152.

¹⁶⁷⁵ Exposé des motifs sur la Recommandation N° REC(2004)10, § 152.

¹⁶⁷⁶ Art. 4 al. 3 de la Recommandation N° R (83) 2.

sur des rapports médicaux¹⁶⁷⁷ et – nous pourrions ajouter – sur les dires de l’avocat, aussi compétent soit-il.

Les Principes des Nations Unies renforcent la règle précitée et prescrivent que le patient, le représentant personnel – notamment le tuteur pour l’incapable de discernement¹⁶⁷⁸ – ainsi que le conseil légal du patient ont le droit d’être entendus *in persona*¹⁶⁷⁹. Le Projet DAES, quant à lui, se limitait à prévoir qu’au cours de la procédure le malade mental devait avoir le droit d’être entendu personnellement ainsi que d’être présent et participer à l’audience¹⁶⁸⁰. Par ailleurs, les Dix Principes de l’OMS affirment sans équivoque que «le patient doit avoir l’occasion d’être entendu en personne»¹⁶⁸¹. Ils suggèrent également de «faire obligation» aux membres de l’organe de révision de rencontrer les patients et d’autoriser ces derniers à se présenter devant eux¹⁶⁸².

Le droit pour le patient de comparaître personnellement doit être «effectif». En d’autres termes, il ne suffit pas que ce droit soit prévu par la loi; toutes les mesures nécessaires doivent être prises afin que le juge puisse réellement entendre le malade mental.

Le droit d’être entendu en personne ne signifie pas nécessairement que le patient sera automatiquement amené devant le juge¹⁶⁸³. Il appartiendra à ce dernier, en collaboration avec les autorités médicales responsables, de décider s’il convient qu’il convoque le patient ou qu’il se rende auprès de celui-ci¹⁶⁸⁴. Cette possibilité est d’ailleurs expressément prévue par la Recommandation N° REC(2004)10¹⁶⁸⁵.

Il va de soi que le jour de la rencontre avec le juge, le malade mental ne doit pas absorber des médicaments pouvant avoir des effets nuisibles sur sa lucidité. Si tel devait toutefois être le cas, le juge devrait en être informé. A cet égard, le Projet DAES prévoyait que le patient devait avoir le droit de

¹⁶⁷⁷ L’Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, §§ 25-26.

¹⁶⁷⁸ D’après l’art. 19 let. f) du Projet DAES, le représentant personnel pouvait également être un parent ou un ami.

¹⁶⁷⁹ Principe 18 al. 5 des Principes des Nations Unies. Cette solution a par ailleurs été choisie en Nouvelle-Zélande, où les art. 19 et 20 de la Loi N° 46 du 5 juin 1992 prévoient le droit du patient comme des tiers d’être présents, d’être entendus et de déposer. Ce droit n’a pas été modifié par la nouvelle Loi N° 140 de 1999 portant modification de la Loi de 1992.

¹⁶⁸⁰ L’art. 19 du Projet DAES prévoyait également la possibilité pour un parent ou ami du malade d’être présent.

¹⁶⁸¹ Principe 7 al. 4 des Dix Principes de l’OMS.

¹⁶⁸² Principe 8, *ibid.*

¹⁶⁸³ Plus en général, ATF 126 I 172 consid. 3c qui reprend aussi la jurisprudence conventionnelle.

¹⁶⁸⁴ L’art. 28 de la Loi belge du 26 juin 1990 prévoit que le Juge de paix rend visite au malade *au moins* une fois par année. Au Royaume-Uni, le malade mental doit être informé dans la mesure du possible des visites de la Commission de santé mentale, Code of Practice, p. 52.

¹⁶⁸⁵ L’Exposé des motifs de la Recommandation N° REC(2004)10, § 152.

refuser de prendre des médicaments pendant vingt-quatre heures au moins avant l'audience¹⁶⁸⁶.

A ce stade de notre raisonnement, il est difficile d'apporter une réponse à la question de savoir s'il est possible de déduire de la jurisprudence conventionnelle, la seule qui soit contraignante, l'obligation pour les autorités internes de faire leur possible afin que le malade mental puisse être entendu personnellement, éventuellement avant les délibérations. La nature subsidiaire du contrôle exercé par les organes strasbourgeois et le peu d'affaires traitées expliquent cette difficulté. La Cour, ainsi que nous l'avons vu, se contente, assez rapidement d'ailleurs, d'une forme de représentation¹⁶⁸⁷.

En élargissant le spectre de nos considérations, quelques éléments utiles apparaissent.

La Commission considérait que, pour quelques catégories d'affaires et à certaines conditions, le droit à un procès équitable comportait le droit de comparaître en personne. Tel était notamment le cas des affaires civiles, où le caractère et le comportement d'une des parties contribuent directement à former l'opinion du tribunal sur le point devant être tranché¹⁶⁸⁸. Il devrait en aller de même pour le malade mental objet d'une procédure de placement forcé, l'autorité compétente devant se forger une opinion en se fondant directement sur la situation mentale et la dangerosité éventuelle de l'intéressé. La Commission avait par ailleurs timidement suggéré dans l'affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*¹⁶⁸⁹ que soit consacré le droit pour le malade mental d'être entendu personnellement indépendamment et/ou en plus de l'assistance judiciaire¹⁶⁹⁰. Nous ne pouvons que regretter que la Cour n'ait pas ressenti la nécessité de codifier un tel droit dans un *obiter dictum*¹⁶⁹¹. Plus tard, dans

¹⁶⁸⁶ Art. 11 al. 2 du Projet DAES.

¹⁶⁸⁷ CourEDH, affaire *Varbanov c. Bulgarie*, arrêt du 5 octobre 2000, § 58.

¹⁶⁸⁸ CommEDH, req. 1169/61, décision du 24 septembre 1963, Ann. Conv., Vol. VI, p. 521 et CommEDH, req. 1794/63, décision du 23 mai 1966, Rec. Vol. 20, p. 8. Il s'agissait de décisions rendues sous l'empire de l'art. 6 CEDH et relatives à la détermination du droit pour les parents séparés ou divorcés de rendre visite à leur enfant. Voir également, VELU/ERGEC, pp. 421-422.

¹⁶⁸⁹ CommEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, avis du 15 décembre 1977.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, § 98, où la Commission indiquait que le droit pour le malade mental d'être entendu par l'organe judiciaire constituait une garantie fondamentale de procédure de l'art. 5 al. 4 CEDH. Dans le même sens, CommEDH, req. 6859/74, X c. Belgique, DR 3, p. 139; CommEDH, req. 10518/83, *Schuurs c. Pays-Bas*, DR 38, p. 206.

¹⁶⁹¹ CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, § 60. Dans le dispositif, il est toutefois indiqué que le requérant n'avait pas bénéficié des garanties de l'art. 5 al. 4 CEDH car il «ne fut jamais associé en personne ou par le truchement d'un représentant aux procédures [...] d'internement [...]; les tribunaux ne l'entendirent pas et il n'eut pas l'occasion de plaider sa cause», *ibid.*, § 61. Le Gouvernement soutenait que l'art. 5 al. 4 CEDH n'obligeait pas à entendre en personne un individu dont l'état mental, établi sur la base d'un avis médical objectif, rendait incapable d'exprimer une déclaration utile en justice, *ibid.*, § 59.

l'affaire Singh c. Royaume-Uni¹⁶⁹², elle a néanmoins constaté que «dans des domaines revêtant une importance cruciale telle la privation de liberté et impliquant par exemple une appréciation de la personnalité et de l'état mental du requérant [...] le caractère équitable de la procédure *peut vouloir* [c'est nous qui soulignons] que l'intéressé assiste aux débats»¹⁶⁹³.

A cet égard, WACHENFELD soutient que, tout compte fait, la portée donnée par les organes de Strasbourg au droit de comparaître en personne est plus large qu'elle ne paraît. L'auteur cite à ce propos la décision de la Commission dans l'affaire Keus c. Pays-Bas¹⁶⁹⁴ et en déduit que le droit d'assister à l'audience doit être garanti même si l'intéressé peut être tenu pour responsable de son absence¹⁶⁹⁵. Dans cette affaire, le requérant n'avait pas été entendu à l'occasion de la prolongation du placement parce qu'il était en fuite et la convocation à l'audience n'avait pas pu lui parvenir de par sa propre faute¹⁶⁹⁶. La Commission avait conclu à la violation du droit d'être entendu rejetant ce dernier point¹⁶⁹⁷. Contrairement à WACHENFELD, nous ne croyons pas que cette décision puisse avoir une portée vraiment révolutionnaire et qu'il soit notamment possible d'en déduire une consécration du principe de la nécessité de la comparution du malade mental afin qu'il soit entendu en personne. Il convient de rappeler que, dans le cas d'espèce, l'audience se déroulait sans avocat et que seuls le procureur et un membre du personnel de la clinique étaient présents. Dans de telles conditions une autre conclusion n'aurait pas été concevable, ce d'autant plus que la prolongation de l'hospitalisation avait été décidée.

De la décision de la Commission dans l'affaire Keus précitée, WACHENFELD déduit également que le malade mental ne peut renoncer à son droit d'être entendu, qui doit être assuré même si son comportement est fautif¹⁶⁹⁸. A ce sujet, les précisions suivantes s'imposent.

De jurisprudence conventionnelle constante, l'intéressé a en principe le droit de renoncer à être présent personnellement au procès s'il exprime sa

¹⁶⁹² CourEDH, affaire Singh c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996.

¹⁶⁹³ Ibid., § 67 confirmé quelques années plus tard dans CourEDH, affaire Waite c. Royaume-Uni, arrêt du 10 décembre 2002, § 59.

¹⁶⁹⁴ CommEDH, affaire Keus c. Pays-Bas, avis du 4 octobre 1989.

¹⁶⁹⁵ WACHENFELD, p. 182.

¹⁶⁹⁶ CommEDH, affaire Keus c. Pays-Bas, avis du 4 octobre 1989, § 56.

¹⁶⁹⁷ Ibid., § 63. Les considérants de la Cour soulignent l'importance du droit d'être entendu mais apparaissent plus «neutres». En particulier, il n'est fait aucune référence au comportement de l'intéressé, CourEDH, affaire Keus c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, § 27. Il convient de rappeler que dans cette affaire la Cour a conclu à l'absence de violation de l'art. 5 al. 4 CEDH au vu de la possibilité pour le requérant de saisir en référé le Président du Tribunal d'arrondissement, *ibid.*, § 28.

¹⁶⁹⁸ WACHENFELD, p. 182.

volonté en des termes clairs et univoques¹⁶⁹⁹. En l'espèce, le requérant n'avait pas renoncé à son droit d'être entendu; la notification de la date de l'audience n'avait pu lui parvenir car il était en fuite. A teneur de la jurisprudence traditionnelle, si l'intéressé est en fuite, les organes conventionnels ne se montrent pas très généreux à son égard et constatent l'absence de violation de la Convention, à condition cependant qu'une autre forme de représentation efficace ait eu lieu¹⁷⁰⁰.

Deux arguments peuvent expliquer pourquoi il en alla différemment dans l'affaire Keus c. Pays-Bas. Nous pourrions, dans l'optique de WACHENFELD adopter une attitude progressiste et avancer que les organes conventionnels, ayant pris conscience de la nature fondamentale du droit d'être entendu en personne dans l'optique d'une protection juridique efficace du patient psychique, ont voulu rendre ce droit indépendant du comportement de l'intéressé. Nous pourrions alternativement adopter une attitude plus prosaïque et réitérer que l'absence de toutes formes de représentation lors de l'audience fut, en l'espèce, déterminante et que la jurisprudence Keus c. Pays-Bas, loin d'être révolutionnaire, s'inscrit parfaitement dans la lignée de la tradition conventionnelle¹⁷⁰¹. Cette dernière hypothèse est sans doute la bonne.

Si nous nous tournons rapidement vers quelques droit nationaux, nous pouvons constater qu'en Suisse, le droit fédéral oblige en effet les cantons à garantir au malade mental le droit d'être entendu *oralement* par le juge – quand bien même seulement par le Juge de première instance¹⁷⁰². Le TF a

¹⁶⁹⁹ A la condition toutefois qu'une telle renonciation soit licite et entourée d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité, notamment CouEDH, affaire Schöps c. Allemagne, arrêt du 13 février 2001, § 48; CourEDH, affaire Colozza et Rubinat c. Italie, arrêt du 12 février 1985, § 28; MATSCHER (3), pp. 281-284 ainsi que SOYER/DE SALVIA, pp. 243-244. La renonciation à certains droits conventionnels peut se heurter notamment à des considérations d'ordre public, comme la renonciation au droit à un tribunal impartial et établi par la loi, CourEDH, affaire Pfeifer et Plankl c. Autriche, arrêt du 25 février 1992, § 38; CourEDH, affaire Albert et Le Compte c. Belgique, arrêt du 10 février 1983, § 35 et CourEDH, affaire De Wilde Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971, § 65.

¹⁷⁰⁰ Notamment, la jurisprudence conventionnelle en matière pénale selon laquelle l'absence de l'accusé n'entraîne pas la violation de l'art. 6 CEDH si cette absence est imputable à la faute de l'accusé ou si elle n'est pas due à un cas de force majeure. La lutte contre la regrettable propagation des procédures par défaut, dans lesquelles l'accusé abuse de son droit, constitue le but poursuivi. Précisons qu'il incombe néanmoins aux autorités de rapporter la preuve de la faute, CourEDH, affaire Tripodi c. Italie, arrêt du 22 février 1994, § 30; CourEDH, affaire Colozza et Rubinat c. Italie, arrêt du 12 février 1985, § 30; CourEDH, affaire Campbell et Fell c. Royaume-Uni, arrêt du 28 juin 1984, §§ 97-102 ainsi que VELU/ERGEC, pp., 423-424 et STAVROS, pp. 198-199.

¹⁷⁰¹ CourEDH, affaire Pelladoah c. Pays-Bas, arrêt du 22 septembre 1994, § 41 ainsi que CourEDH, affaire Lala c. Pays-Bas, arrêt du 22 septembre 1994, § 34 dans laquelle la Cour a admis que la présence de l'accusé peut faire l'objet d'une renonciation, en refusant toutefois que cette renonciation entraîne sa non-représentation.

¹⁷⁰² Art. 397 al. 3 let. f) CCS. Le législateur genevois s'est incliné en allant plus loin. L'art. 40 al. 3 de la Loi genevoise K 1 25 prescrit que l'autorité de recours doit entendre oralement le recourant

précisé qu'il peut se justifier, voire être nécessaire, en particulier dans des affaires éminemment personnelles, qu'une personne soit entendue hors la présence de son avocat afin d'obtenir une image aussi fidèle que possible de sa personnalité¹⁷⁰³. L'audition orale du malade mental est en effet indispensable afin que l'autorité chargée de statuer puisse se rendre compte d'elle-même de l'état psychique de l'intéressé¹⁷⁰⁴. Dans sa première jurisprudence sur le sujet, le TF considérait l'exigence de cette audition comme satisfaite lorsque le médecin-expert, prenant part à la décision de l'autorité collégiale en tant que rapporteur, procédait lui-même à l'audition de la personne concernée dans l'établissement où elle se trouvait¹⁷⁰⁵. Cette solution se justifiait afin que les critères de rapidité et de simplicité devant gouverner la procédure de contrôle de l'hospitalisation forcée soient respectés. La procédure aurait été plus compliquée si, en sus de l'interrogatoire par le spécialiste rapporteur, l'audition par le tribunal compétent siégeant *in corpore* devait également être exigée¹⁷⁰⁶. Cette jurisprudence devait néanmoins être appliquée avec une extrême prudence, ainsi que l'avait suggéré le TF lui-même en limitant expressément la portée de sa décision à la particularité du cas sous examen¹⁷⁰⁷. Quelques années plus tard, notre Cour suprême n'a en effet pas hésité à revoir sa position en affirmant que l'audience orale prescrite à l'art. 397f al. 3 CCS exige que l'intéressé soit entendu en personne et en première instance par l'ensemble des membres du tribunal compétent¹⁷⁰⁸. Le principe semble être désormais acquis.

En Italie, lors de la procédure de recours introduite devant le Tribunal de district, le malade mental a le droit de suivre toute la procédure et de défendre sa cause personnellement lors des débats¹⁷⁰⁹. En Hongrie, la loi exige que

et, en tout état de cause, l'intéressé. La distinction entre recourant et intéressé s'impose car en droit genevois la légitimité pour recourir est assez large (proches, famille, conseil légal, etc.), et il n'est pas certain que l'intéressé, à savoir le malade mental, soit aussi le recourant. Dans un tel cas un «double» droit d'être entendu est reconnu. Il s'agit d'une réglementation conforme aux exigences de l'art. 397 al. 3 let. f) CCS, car l'obligation d'entendre le malade mental existe également lorsque la demande en vue d'obtenir une décision judiciaire n'a pas été déposée par celui-ci mais par une personne qui lui est proche, FF 1977 III 42.

¹⁷⁰³ ATF du 7 octobre 1993 en la cause Z. c. canton St. Gall, SJ 1994 1.

¹⁷⁰⁴ FF III 1977 41-42.

¹⁷⁰⁵ ATF 110 II 122 consid. 3.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, consid. 4.

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*, *in fine*.

¹⁷⁰⁸ ATF 115 II 129 consid. 5 et 6. En ce qui concerne l'établissement de l'expertise, le principe de la comparution personnelle du malade mental n'est pas non plus contesté. Il est toutefois admis que, exceptionnellement, l'expertise soit exécutée sans examiner le malade mental notamment s'il y a déjà eu plusieurs expertises, si celles-ci sont récentes et si la situation de l'expertisé n'a pas changé entre-temps de manière substantielle, ATF 127 I 54 consid. 2f.

¹⁷⁰⁹ Art. 4 et 5 de la Loi italienne N° 180 ainsi que LOUZON, p. 143.

le Tribunal entend le patient *et* [c'est nous qui soulignons] son représentant légal ou son mandataire¹⁷¹⁰.

Il ne reste qu'à souhaiter qu'un jour la Cour suive l'exemple des législateurs nationaux. En attendant, la participation personnelle, indépendamment de celle par le truchement d'un avocat, se défend plus facilement dans le cas du malade mental délinquant¹⁷¹¹.

i.b) Le malade mental délinquant

Les considérations que nous venons d'avancer valent à plus forte raison pour une procédure pénale dans laquelle la présence de l'accusé contribue non seulement à la manifestation de la vérité, mais également à la sauvegarde des droits de la défense¹⁷¹².

Contrairement au Pacte II et à la CADH¹⁷¹³, la Convention européenne ne garantit pas expressément à l'accusé le droit d'être présent au procès. Ce droit découle néanmoins du principe du procès équitable¹⁷¹⁴. La Cour a même clairement indiqué que dans une procédure criminelle, la présence de l'avocat défenseur ne peut jamais remplacer entièrement celle de l'accusé¹⁷¹⁵.

Partant, le malade mental délinquant devrait jouir du droit d'être présent à la procédure au terme de laquelle il sera statué sur son degré de responsabilité et, le cas échéant, sur son internement.

Une telle affirmation mérite pourtant d'être nuancée. De manière générale, le droit de comparaître personnellement, même dans le cadre d'une procédure pénale, n'est pas absolu. Ce droit, qui peut subir des restrictions¹⁷¹⁶, est

¹⁷¹⁰ Art. 35B al. 2 de la Loi de Hongrie N° 87 de 1994.

¹⁷¹¹ CourEDH, affaire Hussein c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, § 58 *in fine* ainsi que CourEDH, affaire Singh c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, § 67.

¹⁷¹² VELU/ERGECE, p. 422 ainsi que PONCET, p. 113; STAVROS, pp. 194-2000 et JACOT-GUILLARMOD, pp. 401-402.

¹⁷¹³ Respectivement les art. 14 al. 3 let. d) du Pacte II et l'art. 8 al. 2 let. f) CADH. Voir également l'Observation générale N° 13 sur l'art. 14 Pacte II, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev. 1, du 29 juillet 1994, pp. 16-20; NOWAK, pp. 258-261 et l'Observation générale N° 8 sur l'art. 9 Pacte II, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.1, du 29 juillet 1994, p. 11, par laquelle le Comité rappelle que, lorsqu'il s'agit d'un internement de sûreté suite à une inculpation pénale, il faut accorder une protection totale en vertu des al. 2 et 3 de l'art. 9 ainsi que de l'art. 14 du Pacte II. En ce qui concerne l'art. 8 CADH, voir Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/1992/24/Add.2, du 27 mai 1992, pp. 13-17.

¹⁷¹⁴ Dans ce sens, VELU/ERGECE, p. 422; STAVROS, pp. 194-195; et CourEDH, affaire Colozza et Rubinat c. Italie, arrêt du 12 février 1985, § 27 où la Cour a clairement exprimé que «la faculté pour l'accusé de prendre part à l'audience découle de l'objet et du but de l'ensemble de l'art. 6 CEDH».

¹⁷¹⁵ CourEDH, affaire Colozza et Rubinat c. Italie, arrêt du 12 février 1985, §§ 115-117.

¹⁷¹⁶ Les motifs de restrictions sont très variés: danger d'intimidation des témoins ou des experts, police de l'audience – mauvaise conduite de l'accusé ou risque de troubles dans le public –, etc.

strictement lié à la déclaration de culpabilité qui sera prononcée. Or, dans la plupart des cas, un malade mental délinquant, qui nécessite un traitement médical, ne fait pas l'objet d'une déclaration de culpabilité¹⁷¹⁷. Dès lors, il ne peut être assimilé, à proprement parler, à un accusé en matière pénale. Il en résulte que sa situation ne se différencie foncièrement pas de celle du malade mental non délinquant. Il n'en demeure pas moins que le malade mental délinquant devra assister à l'audience lors de laquelle sera déterminé son degré de responsabilité pénale.

Soulignons à ce propos, que la Commission avait considéré, face à un requérant délinquant malade mental ayant bénéficié d'une ordonnance de non-lieu en raison de son état de démence, qu'il n'existait pas de lien suffisamment direct entre l'information pénale et l'internement psychiatrique pour justifier l'application de l'art. 6 CEDH et des garanties qui en découlent postérieurement à l'ordonnance de non-lieu¹⁷¹⁸.

Que ce soit pour le malade mental délinquant ou non, son état de santé devrait constituer la seule exception justifiée au principe de la comparution personnelle¹⁷¹⁹, que l'on désigne communément comme l'«exception thérapeutique».

i.c) L'«exception thérapeutique»

Au sein du Conseil de l'Europe, seule la Recommandation N° R (83) 2 codifie l'«exception thérapeutique», en soulignant qu'il s'agit de l'unique exception autorisée au principe de la comparution personnelle du malade mental. Ce texte rappelle que «le patient doit avoir l'occasion effective d'être entendu par un juge personnellement *sauf* [c'est nous qui soulignons] si le juge, eu égard à l'état de santé du patient, décide de l'entendre moyennant une certaine forme de représentation»¹⁷²⁰.

A cet égard, la marge d'appréciation laissée aux Etats est assez grande même si la Convention exige que des garde-fous alternatifs tels que la présence de l'avocat et, éventuellement, la notification ultérieure à l'accusé des preuves administrées. Dans ce sens, STAVROS, pp. 200-201 et la jurisprudence citée.

¹⁷¹⁷ Supra, I^e Partie, section D, sous-section b), par. 1, i) et iii).

¹⁷¹⁸ CommEDH, req. 18578/91, A. B. c. France.

¹⁷¹⁹ CommEDH, req. 18165/91, S. S. R. c. Portugal, où la Commission avait à traiter de la conformité à la Convention de la législation portugaise qui prévoyait que, face à un malade mental délinquant, le tribunal d'application des peines statuait sur l'appréciation périodique de la mesure d'internement dans une procédure contradictoire dans le cadre de laquelle l'audition de l'interné était exigée sauf si son état de santé rendait cette audition inutile ou impraticable.

¹⁷²⁰ Art. 4 al. 3 de la Recommandation N° R (83) 2. Soulignons que la formulation choisie par la Cour, à savoir «l'intéressé doit avoir l'occasion d'être entendu lui-même ou, *au besoin* [c'est nous qui soulignons], moyennant une certaine forme de représentation» permet d'autres exceptions que celle thérapeutique.

Une interprétation stricte de l'«exception thérapeutique» s'impose¹⁷²¹. La dite exception doit se limiter principalement aux deux cas de figure suivants: lorsque le malade mental se trouve dans des conditions médicales critiques et lorsque l'examen en sa présence des questions medico-psychanalytiques pourrait être nuisible pour son évolution psychique¹⁷²².

Parmi les textes universels, les Dix Principes de l'OMS se réfèrent plus généralement à «l'état de santé» du patient¹⁷²³. Les Principes des Nations Unies n'envisagent aucune exception au principe du contradictoire, du moins *expressis verbis*. D'après le Projet DAES, une exception au droit du malade mental d'être présent et de participer à l'audience était admissible uniquement lorsque son comportement perturbait si manifestement les débats qu'une expulsion de la salle d'audience s'avérait indispensable¹⁷²⁴. Cette possibilité, absente dans la version définitive, ne vise toutefois pas l'exception thérapeutique telle que définie ci-dessus; elle sous-entend plutôt une distinction légitime entre le droit d'être présent et de participer à l'audience et celui d'être entendu personnellement. Le premier, à la différence du deuxième, peut tolérer des restrictions plus larges, comme celles fondées sur des motifs de police de l'audience et son exercice s'accommode plus facilement d'une certaine forme de représentation. D'après le principe selon lequel «qui peut le plus peut le moins», lorsque l'état de santé du malade mental permet à celui-ci de participer aux audiences, il lui permettra aussi d'être entendu. Le contraire ne vaut pas toujours. En effet, quand bien même l'état de santé permet au malade mental d'être entendu, l'exception thérapeutique pourrait l'empêcher d'être présent et de participer aux audiences.

L'«exception thérapeutique» ne devrait pas pour autant dispenser l'organe compétent d'essayer de convoquer ou de visiter le malade mental à un autre moment, notamment lorsque la crise est passagère¹⁷²⁵. Si en dépit de la volonté d'être entendu personnellement exprimée par le patient, le juge es-

¹⁷²¹ Dans ce sens, CommEDH, req. 10518/83, affaire Schurrs c. Pays-Bas, DR. 38, p. 206, dans laquelle la Commission a admis une requête concernant le non-respect du droit d'être entendu de la requérante au motif que son état rendait inutile et médicalement inopportun sa comparution. L'attestation médicale expliquait qu'elle n'était pas agressive mais qu'une conversation avec elle était impossible (sic!) et qu'une visite au Tribunal de district ne pouvait avoir lieu que par l'emploi de la force.

¹⁷²² Art. 16 al. 5 de la Loi belge de défense sociale et art. 26 de la Loi d'Israël N° 5751 de 1991.

¹⁷²³ Principe 7 al. 3 des Dix Principes de l'OMS.

¹⁷²⁴ Art. 19 let. c) du Projet DAES.

¹⁷²⁵ Cette obligation ne doit pas être confondue avec celle qui impose à l'organe compétent de rendre régulièrement visite au malade placé de force. L'art. 28 de la Loi belge du 26 juin 1990 prescrit notamment au Juge de paix de rendre visite au malade mental au moins une fois l'an et l'art. 18 al. 1 let. g) de la Loi genevoise K 1 25 prévoit que le Conseil de surveillance psychiatrique peut visiter dans tout établissement les personnes qui lui sont signalées comme étant atteintes d'affections mentales. Le but poursuivi dans ces cas est de contrôler la légitimité du placement ainsi que des traitements administrés en marge de tout contentieux.

time que cette audition est incompatible avec l'état de celui-ci, il devra prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'un représentant dûment mandaté puisse défendre les intérêts du patient à l'audience¹⁷²⁶.

Il serait souhaitable que lorsque le malade mental n'est pas entendu en personne, l'autorité compétente en indique les raisons par écrit¹⁷²⁷.

Dans un souci d'exhaustivité, il est opportun de traiter également de la comparution personnelle de l'enfant malade mental hospitalisé de force.

i.d) L'enfant malade mental

Le caractère fondamental de la problématique de la comparution personnelle de l'enfant malade mental est apparu pour la première fois dans l'affaire Nielsen c. Danemark¹⁷²⁸.

Dans cette affaire, la Cour, ce que nous rappelons, a refusé d'appliquer l'art. 5 CEDH¹⁷²⁹ et constaté que l'avis du parent doit l'emporter sur les vues de l'enfant¹⁷³⁰. La Commission, en revanche, avait démontré une sensibilité plus proche de la nôtre, notamment lors de *l'obiter dictum* précédant la conclusion de la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH du fait de l'impossibilité pour l'enfant de contester la légalité de sa détention devant un tribunal. La Commission rappelait que de nombreux systèmes juridiques connaissent la nomination d'un tuteur *ad litem* lorsque les intérêts d'un mineur et de son tuteur ordinaire entrent en conflit. Par conséquent, il n'aurait pas été impossible, malgré l'âge du requérant, d'établir un système permettant à ce dernier d'être légalement représenté¹⁷³¹.

En l'état et nonobstant la position de la Commission, le droit de l'enfant d'être entendu *in persona*, et pas uniquement par le biais d'un représentant, est loin d'être acquis.

Les textes internationaux spécifiques à la protection des droits des enfants apportent, tout de même, une lueur d'espoir. La Convention des droits

¹⁷²⁶ Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2, §§ 22-26. A ce propos, les art. 16 al. 5 de la Loi belge de défense sociale et 26 de la Loi d'Israël N° 5751 de 1991 prévoient que le malade mental sera alors représenté par son avocat.

¹⁷²⁷ Dans ce sens, l'art. 22 al. 3 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

¹⁷²⁸ CourEDH, affaire Nielsen c. Danemark, arrêt du 28 novembre 1988.

¹⁷²⁹ Ibid., §§ 71-73, ainsi que nos critiques, supra, II^e Partie, section B, sous-section b), par. 2.

¹⁷³⁰ La Cour a déclaré que «quant à l'importance à accorder aux vues de l'intéressé sur son hospitalisation, il se trouvait encore à un âge (douze ans) où il est normal qu'un parent se prononce, au besoin, contre le gré de son enfant», *ibid.*, § 72 *in fine*. A ce sujet, VAN BUEREN rappelle que la Cour européenne est toujours très respectueuse de l'autonomie relationnelle des membres d'une famille donnée et, par voie de conséquence, pas disposée à imposer des critères standards, VAN BUEREN, p. 177.

¹⁷³¹ CommEDH, affaire Nielsen contre Danemark, avis du 12 mars 1987, §§ 136-138

de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 (ci-après: la Convention des Nations Unies des droits de l'enfant)¹⁷³², prévoit en effet que, dans les affaires le concernant, l'enfant a le droit d'exprimer librement son opinion qui doit être prise en compte en fonction de son âge et de sa maturité¹⁷³³. La présomption presque irréfragable selon laquelle les avis des parents doivent de toute façon l'emporter sur l'avis de l'enfant n'est plus. La Convention laisse encore le choix entre la comparution personnelle de l'enfant et la comparution par l'intermédiaire d'un représentant ou de toute autre autorité compétente d'après le droit interne¹⁷³⁴.

LÜCKER-BABEL souligne à juste titre que la seule vraie révolution apportée par la Convention précitée réside en ce qu'elle symbolise la croissante autonomie de l'enfant. C'est de cette autonomie que découle le droit d'être entendu en personne. Même l'*infans*, à savoir littéralement celui qui ne parle pas, n'est plus un sujet passif mais un sujet actif¹⁷³⁵ et doit être entendu, évidemment avec l'aide de spécialistes aptes à interpréter ses sentiments¹⁷³⁶.

La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996 (ci-après: la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants), reprend et développe en quelque sorte les buts poursuivis par sa consœur onusienne. Cette Convention vise en effet à faciliter l'exercice des droits procéduraux des enfants et notamment la possibilité pour ces derniers de participer efficacement aux procédures les concernant¹⁷³⁷. Cette participation est garantie soit directement, soit par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes¹⁷³⁸. La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants consacre clairement le principe qui exige qu'un enfant, considéré par le droit interne comme ayant un discernement

¹⁷³² Sur la Convention des Nations Unies des droits de l'enfant, voir notamment PESENTI, pp. 33-52 et DAVIS MARTHA/POWELL, pp. 689-719.

¹⁷³³ Art. 12 al. 1 de la Convention des Nations Unies des droits de l'enfant. Dans le même sens, l'art. 6 al. 2 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine qui établit le principe que l'avis du mineur doit être pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité.

¹⁷³⁴ Ibid.

¹⁷³⁵ Trop souvent encore en pratique, l'enfant demeure face au juge pour l'essentiel un informateur et non un acteur, dans ce sens RONDEAU RIVIER, p. 139; ainsi que DEJARDIN et PERRIN, pp. 217-228.

¹⁷³⁶ LÜCKER-BABEL, pp. 396-399 ainsi que, plus en général, VON OVERBECK, pp. 481-497 et GUILLOD, pp. 223-241. Relevons que, récemment, le TF a consacré définitivement le droit de l'enfant malade mental d'être entendu dans le cadre d'une procédure de privation de liberté à des fins d'assistance, ATF 131 III 409 consid. 4.

¹⁷³⁷ Notamment, Avis N° 186 (1995) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adopté le 25 avril 1995 relatif au projet de Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, par. 6.

¹⁷³⁸ Art. 1 al. 2 de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants.

suffisant, soit consulté et puisse exprimer son opinion¹⁷³⁹. Elle réitère – *repe-tita non nocent* – que, dans le processus décisionnel, l'autorité doit consulter l'enfant personnellement, si nécessaire en privé, et sous une forme appropriée à son discernement, à moins que cela ne soit manifestement contraire aux intérêts supérieurs de ce dernier. L'autorité doit également tenir dûment compte de l'opinion exprimée¹⁷⁴⁰.

Les Conventions précitées¹⁷⁴¹ concernent sans autre l'enfant malade mental, puisque leurs dispositions topiques doivent s'étendre à tout enfant ainsi qu'à tout type de procédure¹⁷⁴². Partant, la Cour devra à l'avenir en tenir compte lors de la prochaine affaire ayant trait au placement forcé d'un mineur¹⁷⁴³.

En conclusion, les bases pour une consécration expresse du principe de la comparution personnelle du patient (adulte ou enfant) malade mental (en chair, en os et en esprit!), afin que le juge puisse apprécier directement l'opportunité du placement, existent¹⁷⁴⁴. Il est à notre avis impératif que les autorités puissent rencontrer le malade mental, notamment pour mieux se rendre compte, autant que cela soit possible, de la justesse des expertises médicales.

La situation idéale consisterait à ce que le malade mental soit entendu personnellement, soit présent et participe à l'audience et soit assisté tout au long de la procédure par un représentant légal. Plusieurs solutions sont possibles entre cette situation et celle, minimaliste, garantie par la jurisprudence conventionnelle, qui considère comme suffisant pour le malade d'être entendu

¹⁷³⁹ Art. 3 let. c) de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants.

¹⁷⁴⁰ Art. 6 let. b) et c) de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants. Pour en savoir plus, BENHAMOU, pp. 23-34.

¹⁷⁴¹ La doctrine soutient que la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants doit être considérée comme *self-executing*, notamment BENHAMOU, pp. 25-27. De par la diversité de la nature des droits qu'elle contient, la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant ne peut pas, en revanche, bénéficier de la même qualification. La doctrine prétend cependant, de manière insistante, que l'art. 12 doit pouvoir être considéré comme directement applicable devant les instances internes, dans ce sens LÜCKER-BABEL, p. 395.

¹⁷⁴² Dans ce sens, LÜCKER-BABEL, pp. 395-396 ainsi que BENHAMOU, p. 26-28. Par ailleurs, l'art. 5 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits de l'enfant précise qu'une protection spéciale doit être accordée aux enfants handicapés mentaux.

¹⁷⁴³ A tout le moins en ce qui concerne le droit du délinquant mineur atteint de troubles psychiques de participer à son procès, celui-ci semble être acquis pour la Cour qui exige que cette participation soit «réelle», CourEDH, affaire V. c. Royaume-Uni, arrêt du 16 décembre 1999, §§ 81-91 ainsi que CourEDH, affaire T. c. Royaume-Uni, arrêt du 16 décembre 1999, §§ 81-89.

¹⁷⁴⁴ Notamment, CommEDH, req. 13662/88, H. c. Pays-Bas, DR 70, p. 190, qui avait trait à un internement psychiatrique ordonné par le juge sur demande de la mère du requérant après qu'il eut entendu cette dernière, un pasteur et une assistante sociale, mais pas le malade, et qui s'est conclue par un règlement amiable.

par le biais de son avocat¹⁷⁴⁵. Il revient au droit et aux pratiques internes de peser avec équité les intérêts en présence. Le principe du droit du malade mental d'être entendu personnellement ainsi que ses exceptions admissibles devraient être inscrits dans les textes.

Il est vrai que le droit d'être entendu lors d'une procédure judiciaire est inhérent à un Etat de droit et qu'en cas de silence des législations de santé mentale, le renvoi aux Codes de procédure civile ou pénale est automatique¹⁷⁴⁶. Une réglementation spécifique et complète présenterait néanmoins l'avantage de permettre à toute personne intéressée de saisir immédiatement la portée des droits en cause. Ceci vaut pour tous les droits procéduraux du malade mental, y compris pour le droit d'accès au dossier médical.

ii) *Le droit d'accès au dossier médical*

Le droit d'accès du malade mental à son dossier médical n'est garanti en tant que tel ni par l'art. 5 al. 4 CEDH ni par l'art. 6 CEDH. Au départ, il a été élaboré notamment par le biais de l'interprétation de l'art. 6 al. 3 let. b) CEDH¹⁷⁴⁷ et de la notion de procès équitable¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴⁵ Dans l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas, la Commission avait affirmé que le droit pour l'intéressé de faire valoir son point de vue ainsi que de contredire les constatations médicales et sociales invoquées pour justifier l'internement constitue, dans le cas d'un aliéné, le noyau irréductible d'une procédure judiciaire. Toutefois, elle avait par la suite restreint la portée de cette affirmation en laissant au législateur national ou au juge saisi d'une affaire particulière le soin de mettre en œuvre ces droits de la manière la plus appropriée, soit par le biais de l'audition du requérant par le juge ou par le biais de la représentation par un avocat ou un tuteur, CommEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, avis du 15 décembre 1977, § 102.

¹⁷⁴⁶ L'art. 5 al. 4 de la Loi italienne N° 180 prévoit seulement que le Président du tribunal fixe l'audience de comparution des parties. Pour les détails concernant l'exercice du droit d'être entendu, il faut se référer au Code de procédure civile. Voir aussi, PIZZI, pp. 27-29. L'art. L.351 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990 prévoit uniquement que le Président du tribunal compétent statue en la forme des référés après débat contradictoire; pour le surplus le Code de procédure civile s'applique. Au Royaume-Uni, en revanche, c'est le Règlement du MHRT de 1983 (*Mental Health Review Tribunal Rules*) qui codifie les garanties de procédure et notamment le droit d'être entendu du malade mental.

¹⁷⁴⁷ Voir notamment, VELU/ERGEC, pp. 490-491 ainsi que JACOT-GUILLARMOD, p. 400. En ce qui concerne le Pacte II, NOWAK (1), pp. 246-247 ainsi que NOWAK (3), surtout p. 387. L'Observation générale N° 13 sur l'art. 14 Pacte II, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev. 1, du 24 juillet 1994, rappelle que l'accusé doit disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense; par facilités il faut comprendre l'accès aux documents et autres éléments de preuve dont l'accusé a besoin pour préparer sa défense.

¹⁷⁴⁸ CourEDH, affaire Kerojärvi c. Finlande, arrêt du 19 juillet 1995, § 42, dans laquelle la Cour a considéré que le défaut de communication de certains avis et dossiers médicaux en première instance constitue une violation du droit du requérant à un procès équitable. Voir, également, CourEDH, affaire Jost c. Suisse, arrêt du 21 février 2002, §§ 33-39; CourEDH, affaire Schöps c. Allemagne, arrêt du 13 février 2001, § 44; CourEDH, affaire Lietzow c. Allemagne, 13 janvier 2001, §§ 44-48; CourEDH, affaire Ivanka c. Bulgarie, arrêt du 25 mars 1999, § 58 et CourEDH, affaire Kampanis c. Grèce, arrêt du 13 juillet 1995 § 51.

Aujourd'hui, au sein du Conseil de l'Europe, les normes du CPT¹⁷⁴⁹ ainsi que le «Livre blanc»¹⁷⁵⁰ consacrent désormais le droit des patients à l'accès à leur dossier. La Recommandation N° REC(2004)10 garantit le droit du malade mental à avoir accès «à toutes les pièces en possession du tribunal», ce qui devrait inclure le dossier médical¹⁷⁵¹. Ces textes restent pour l'instant isolés. Les Recommandations N° R (83) 2 et 1235 (1994) ne traitent pas du droit d'accès au dossier médical.

La jurisprudence conventionnelle se limite actuellement à la décision de la Commission rendue à l'occasion de l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas¹⁷⁵², selon laquelle le fait que l'avocat, et non le patient, ait pu consulter le dossier médical, satisfait en soi aux exigences de la Convention¹⁷⁵³. Dans une autre décision, la Commission avait déclaré irrecevable le grief du requérant qui estimait son droit à un procès équitable violé dans la mesure où il n'avait pas eu accès aux constatations médicales et sociales ayant motivé son internement. La Commission avait avancé que l'art. 6 CEDH ne s'appliquait pas aux hospitalisations forcées¹⁷⁵⁴.

Au sein des Nations Unies, les esprits semblent être plus sensibles au caractère fondamental du droit d'accès au dossier médical. Les Principes des Nations Unies indiquent clairement que des copies du dossier ainsi que de tous les rapports et documents devant être présentés dans la procédure en cours doivent être remises au patient et à son conseil¹⁷⁵⁵. Une exception est uniquement possible lorsque la révélation au patient d'un élément déterminé nuirait gravement à sa santé ou compromettrait la sécurité d'autrui¹⁷⁵⁶. Dans un tel cas, le(s) document(s) non révélé(s) au patient doivent néanmoins être fournis à son représentant ou à son conseil. Le refus de communication, y compris d'une partie d'un document, doit être motivé. Le patient doit être

¹⁷⁴⁹ Normes CPT, point C, par. 40.

¹⁷⁵⁰ «Livre blanc», par. 14, point 4.

¹⁷⁵¹ Art. 25 al. 5 de la Recommandation N° REC(2004)10. Voir également MANAĬ (4), pp. 117-118 et les références citées.

¹⁷⁵² CommEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, avis du 15 octobre 1977.

¹⁷⁵³ Ibid., § 98; ainsi que CommEDH, req. 3151/67, X c. République fédérale d'Allemagne, Rec. Vol. 27, p. 135.

¹⁷⁵⁴ CommEDH, req. 18526/91, affaire J.-C. C. c. France.

¹⁷⁵⁵ Principe 18 al. 4 des Principes des Nations Unies.

¹⁷⁵⁶ Principe 18 al. 4 première phrase *in fine* des Principes des Nations Unies. L'art. 19 al. 1 let. d) du Projet DAES prévoyait le droit pour le patient de prendre connaissance de tous les rapports et documents pertinents dont le tribunal était saisi, sauf lorsque le tribunal estimait que cela risquait de nuire gravement à la santé de l'intéressé. Cette forme d'exception thérapeutique avait par ailleurs été examinée par la Commission dans l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas dans laquelle elle avait indiqué qu'il pouvait être impératif, dans l'intérêt du patient, de ne pas lui donner personnellement accès à tous les éléments sur la base desquels l'autorité compétente serait appelée à forger sa conviction, CommEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, avis du 15 octobre 1977, § 101.

avisé d'un tel refus et la décision de non-communication doit pouvoir être réexaminée par un tribunal¹⁷⁵⁷.

Partant, à ce jour et dans les enceintes internationales, le droit, pour le malade mental, ou à tout le moins pour son représentant¹⁷⁵⁸, de pouvoir accéder au dossier médical pour contester dans les meilleures conditions la légitimité de l'hospitalisation de force semble être acquis¹⁷⁵⁹. La seule exception possible demeure la bien connue «exception thérapeutique»¹⁷⁶⁰.

La consécration du principe du droit d'accès au dossier ne permet toutefois pas encore de déterminer sa portée dans le quotidien du malade mental hospitalisé de force. Cette portée est très variable et dépend notamment de la définition de la notion de «dossier médical» (ii.a). Au surplus, l'accès au dossier médical devrait être assuré même en dehors de tout contentieux (iii.b).

ii.a) La portée du droit d'accès au dossier médical et ses limites

La définition de la notion de «dossier médical»¹⁷⁶¹, dont dépend essentiellement la portée du droit d'accès au dossier médical, est plutôt malaisée.

En sus des définitions lyriques¹⁷⁶², les médecins proposent des définitions plus scientifiques qui concernent le patient physique ou psychique. HANHART, notamment, mentionne comme éléments constitutifs standards du dossier médical: «l'anamnèse familiale, l'anamnèse personnelle, l'affection actuelle, le statut physique et psychique, les premières hypothèses diagnostiques, les *procedere*, les examens de laboratoire, le *consilium* des médecins spécialisés, le diagnostic, le traitement et l'évolution des affections»¹⁷⁶³. Il s'agit d'une définition très générale qui, à notre avis, est de peu d'utilité¹⁷⁶⁴.

Certains textes nationaux proposent des tentatives de codification souvent trop détaillées, qui ne distinguent pas entre les différents domaines.

En Finlande par exemple, le dossier du patient est défini comme tout document et donnée techniques utilisés ou établis qui contiennent des rensei-

¹⁷⁵⁷ Principe 18 al. 4 deuxième et troisième phrase des Principes des Nations Unies.

¹⁷⁵⁸ CommEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, avis du 15 octobre 1977, §§ 98-102.

¹⁷⁵⁹ TRECHSEL (8), pp. 993-1008. Voir dans ce sens, également, l'art. 25 al. 3 à 5 de la Recommandation N° REC(2004)10 qui consacre expressément le droit d'accès pour le représentant du malade (avocat ou personne de confiance) à toutes les pièces en possession de l'autorité appelée à statuer.

¹⁷⁶⁰ Supra, III^e Partie, section B, sous-section a), par. 2, i), i.c).

¹⁷⁶¹ Vingt praticiens ont vingt définitions différentes du dossier médical, HANHART, p. 3.

¹⁷⁶² HANHART définit le dossier médical comme la «mémoire, mieux l'aide-mémoire, le plus fidèle possible, de toutes les informations recueillies, une image de la réalité et non la réalité», *ibid.*

¹⁷⁶³ *Ibid.*

¹⁷⁶⁴ Dans la pratique, HANHART lui-même indique qu'il est rare de retrouver tous ces éléments dans un seul dossier médical, *ibid.*, p. 4.

gnements sur l'état de santé du patient ainsi que d'autres données personnelles¹⁷⁶⁵. En France, le dossier médical est constitué pour chaque patient et doit contenir au moins les éléments suivants: la fiche d'identification du malade, le document médical indiquant le ou les motifs d'hospitalisation, les conclusions de l'examen clinique initial comme des examens cliniques successifs pratiqués par tout médecin appelé au chevet du patient, les comptes-rendus des explorations para-cliniques et des examens complémentaires significatifs, les comptes rendus opératoires, les prescriptions d'ordre thérapeutique, le dossier de soins infirmiers, le compte rendu d'hospitalisation incluant notamment le diagnostic de sortie, les prescriptions établies à la sortie du patient et, le cas échéant, la fiche de synthèse contenue dans le dossier de soins infirmiers¹⁷⁶⁶.

En comparaison à d'autres législations, celle genevoise donne au dossier psychiatrique une définition qui, par sa clarté et simplicité, nous semble satisfaisante. Ce dossier est défini comme le dossier médical que les établissements psychiatriques doivent tenir pour chaque malade mental admis dans l'établissement, en le gardant constamment à jour, et dans lequel sont consignés les principaux signes psychiatriques observés, le diagnostic présumé, les soins, l'évolution de l'état du patient et les traitements administrés¹⁷⁶⁷.

La définition susmentionnée correspond dans les grandes lignes à celle proposée par les normes CPT, qui rappellent que le dossier médical, individuel et confidentiel, doit comporter des informations diagnostiques (y compris les résultats de tout examen spécial subi par le patient) ainsi que des mises à jour permanentes sur l'état mental et somatique du patient et de son traitement¹⁷⁶⁸.

Indépendamment de la définition idéale du «dossier médical», l'essentiel réside dans l'accès, pour un malade mental lors d'une procédure judiciaire, à tous les éléments médicaux utiles pour contester efficacement la mesure privative de liberté.

A cet égard, le TF rappelle dans sa jurisprudence constante que la consultation des pièces du dossier est justifiée par la nécessité de connaître préalablement les éléments dont dispose l'autorité afin de jouir d'une réelle possibilité de faire valoir ses arguments dans le cadre d'une procédure. Partant, le droit de consultation ne peut être limité que par la sauvegarde d'un intérêt public ou des intérêts prépondérants de la personne internée ou de tiers¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁶⁵ Art. 2 de la Loi de Finlande du 17 août 1992.

¹⁷⁶⁶ Art. R.710-2-1 du Décret français N° 92-329 du 30 mars 1992.

¹⁷⁶⁷ Art. 9 de la Loi genevoise K 1 25.

¹⁷⁶⁸ Normes CPT, point C, par. 40.

¹⁷⁶⁹ ATF 126 I 7 consid. 2b et ATF du 15 septembre 1997, en la cause M. M. c. canton Genève, SJ 1998 141, consid. 3.

Lorsqu'un tel intérêt existe, l'accès au dossier peut être limité à certaines pièces ou consenti à un tiers lui-même astreint au secret. En l'absence d'un tel intérêt, la consultation doit s'étendre à l'ensemble du dossier. L'autorité n'est pas autorisée à choisir certaines pièces devant être communiquées et à en soustraire d'autres, sous réserve des documents ou notes internes ou pièces confidentielles, ne concernant pas l'intéressé¹⁷⁷⁰.

Cette jurisprudence pourrait avoir comme conséquence indésirable d'exclusion de l'accès au dossier les annotations personnelles des médecins¹⁷⁷¹ ainsi que parfois les expertises qui ne concernent pas directement la question litigieuse mais qui pourraient avoir une portée fondamentale dans l'appréciation de l'état de santé du malade. Le TF a par ailleurs jugé qu'en matière d'internement aux fins d'assistance, il convient de distinguer (sic!) entre le dossier médical proprement dit et le dossier constitué par les autorités de surveillance des institutions psychiatriques, le patient n'ayant accès qu'au premier¹⁷⁷².

Notons encore qu'au Qatar, le patient se voit reconnaître le droit d'accès au dossier en présence notamment du médecin traitant¹⁷⁷³. En Lituanie, le malade n'a droit qu'à des extraits du dossier médical¹⁷⁷⁴.

La portée du droit d'accès au dossier peut ainsi être très variable. Un défaut d'accès suffisant au dossier dans les phases initiales d'un litige pourrait néanmoins être corrigé par le tribunal compétent saisi ultérieurement¹⁷⁷⁵. Il est toutefois à notre sens impératif que, dans ce cas, la deuxième instance jouisse encore d'un libre pouvoir d'examen en ce qui concerne les faits et le

¹⁷⁷⁰ ATF 125 II 473 consid. 4a; ATF du 12 janvier 1998 [A.455/1987] en la cause M. M. c. la Confédération, consid. 3; ATF du 28 décembre 1998 [2A.427/1990] en la cause H. A. c. la Confédération, consid. 2b. A cet égard, en sus de l'«exception thérapeutique», DUCOR cite trois autres arguments en faveur d'un accès restrictif au dossier médical, à savoir quand le dossier est rédigé en des termes incompréhensibles pour le profane, quand l'ouverture du dossier entraînerait une modification de son contenu par «autocensure» de ceux qui l'ont rédigé (les informations censurées concerneraient avant tout des faits médicaux prouvés ou non ainsi que des appréciations personnelles inutiles au traitement du patient, voire désobligeantes) et, enfin, quand l'ouverture du dossier entraînerait la multiplication des procès en responsabilité, fondés ou non, DUCOR (2), pp. 84-85.

¹⁷⁷¹ A cet égard, l'art. 2 de La loi genevoise K 1 80 – auquel renvoie l'art. 9 al. 3 de la Loi genevoise K 1 25 – garantit le libre accès au dossier médical à l'exception des notes purement personnelles du médecin. Pour une analyse, MANAÍ (2), pp. 69-80; MANAÍ (4), pp. 111-112 ainsi que DUCOR (1), p. 2232. DUCOR relève qu'à Genève, la pratique exige que les notes personnelles – à savoir «les notes qui recouvrent les impressions subjectives du médecin sur son patient, sans influence directe sur la prise en charge» – fassent partie du dossier médical mis à disposition du patient. Si le médecin en décide autrement, ce dernier se prive d'un moyen de preuve et doit en supporter les conséquences, DUCOR (2), pp. 83-88.

¹⁷⁷² ATF du 14 avril 1994 [IP.585/1993] A. B. c. canton Genève, consid. 2b et 2c.

¹⁷⁷³ Art. 7 section II de la Loi du Qatar de 1989 relative à la santé mentale.

¹⁷⁷⁴ Art. 15 de la Loi de Lituanie N° I-924 du 6 juin 1995 relative aux soins de santé mentale.

¹⁷⁷⁵ CourEDH, affaire Schuler-Zraggen c. Suisse, arrêt du 24 juin 1993, § 58.

droit. Par ailleurs, l'obligation positive de veiller à ce que le patient ait un accès «concret et effectif» et non pas «théorique et illusoire» au dossier le concernant incombe aux Etats¹⁷⁷⁶.

Aux difficultés dans la recherche d'une définition satisfaisante, notamment pour les praticiens de santé mentale et leurs malades, de la notion du dossier médical et de la portée du droit d'accès pour le malade mental, s'ajoute une méfiance chronique envers la politique du libre accès du patient psychique à son dossier médical. Sur une échelle plus vaste non limitée au domaine de la santé mentale et qui englobe toutes les relations entre médecin et patient, les raisons d'une telle réticence peuvent s'expliquer par un souci exaspéré, pour ne pas dire dépassé, de sauvegarde du paternalisme médical. Le droit interne se dirige néanmoins vers la codification de l'autodétermination du patient, ce qui correspond à la tendance moderne¹⁷⁷⁷. Une telle codification renforce le droit du malade mental d'avoir accès à son dossier dans le cadre d'une procédure judiciaire afin qu'il puisse assurer au mieux la défense de son droit fondamental à la liberté.

Ce qui précède vaut également en dehors de tout contentieux afin que soit garanti le respect de la vie privée du patient psychique.

ii.b) L'accès au dossier médical en dehors de tout contentieux

Afin de garantir le respect de la vie privée du malade mental, ce dernier devrait avoir accès à son dossier médical en tout temps, indépendamment de l'existence d'une procédure contentieuse. Cet aspect du droit d'accès au dossier médical est couvert principalement par l'art. 8 CEDH¹⁷⁷⁸ et sort du cadre de notre étude.

Il convient néanmoins d'indiquer que les Principes des Nations Unies traitent expressément de cet aspect mais ils sont les seuls, parmi les textes internationaux topiques, à le faire¹⁷⁷⁹. Les Principes s'assurent ainsi que le patient psychique, en placement forcé ou déjà en liberté, puisse indistinctement bénéficier d'un droit d'accès aux informations le concernant dans le dossier médical. A teneur de texte, la portée de ce droit est sensiblement la même

¹⁷⁷⁶ CourEDH, affaire Schöps c. Allemagne, arrêt du 13 février 2001, § 47.

¹⁷⁷⁷ Dans ce sens DUCOR (1), pp. 2232-2233. Cet auteur affirme que l'activité médicale actuelle baigne dans l'autodétermination de ses usagers ainsi que dans la «consommation» de la relation médecin-patient.

¹⁷⁷⁸ CourEDH, affaire Gaskin c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 1989, § 37; CourEDH, affaire Leander c. Suède, arrêt du 26 mars 1987, § 48 et CommEDH, req. 30039/96, affaire Brandt c. Suisse, décision du 20 mai 1998.

¹⁷⁷⁹ Le principe 18 al. 4 des Principes des Nations Unies régit l'accès au dossier dans le cadre d'une procédure de recours tandis que le principe 19 régit l'accès au dossier une fois terminés l'hospitalisation et/ou le traitement forcés.

– que le malade mental soit interné ou déjà en liberté – sous réserve que le malade mental encore interné a le droit d’obtenir «copies de son dossier», tandis que celui qui a réintégré la société a seulement le «droit d’avoir accès au dossier». Nous ne croyons pas qu’une telle distinction ait une quelconque portée pratique.

A Genève, le droit d’accès au dossier médical est également assuré indépendamment de l’existence d’une procédure juridictionnelle en matière d’hospitalisation forcée et sans référence spécifique au cas des malades mentaux. La Loi genevoise sur les droits des patients garantit, sur simple requête écrite, l’accès au dossier médical pour tous, les malades physiques comme psychiques, hospitalisés ou en liberté¹⁷⁸⁰ et la Loi sur la santé mentale y renvoie¹⁷⁸¹. Le mouvement d’assimilation des maladies mentales aux maladies ordinaires ainsi que la prolifération des textes de portée générale proclamant les droits des patients à l’encontre du pouvoir médical explique vraisemblablement en partie ledit renvoi.

En dépit des textes le garantissant, le droit d’accès au dossier médical en marge d’une procédure juridictionnelle n’est pas absolu pour autant.

En principe, il est reconnu que la constitution et la conservation des données strictement personnelles peuvent porter atteinte à la liberté personnelle puisque ces données peuvent changer. Le risque d’une telle atteinte perdure même si les données conservées ne sont pas accessibles au public. Dès lors, toute personne devrait pouvoir garder la maîtrise sur les informations, notamment médicales, qui la concernent¹⁷⁸².

En Suisse, le TF a toutefois jugé qu’une consultation du dossier médical par la personne concernée en marge ou préalablement à toute démarche procédurale ne répond pas en principe à un intérêt juridique actuel et, partant, n’est pas légitime¹⁷⁸³. Cette jurisprudence a notamment été appliquée dans un cas genevois où le refus des autorités de remettre au patient son dossier médical établi lors de son hospitalisation forcée, par ailleurs de très brève

¹⁷⁸⁰ Art. 2 al. 3 de la Loi genevoise K 1 80. En cas de refus d’accès, l’intéressé pourra recourir par la voie de la plainte auprès du Département genevois de la prévoyance sociale et de la santé publique et ensuite auprès du Tribunal administratif (art. 10).

¹⁷⁸¹ Art. 9 al. 3 de la Loi genevoise K 1 25.

¹⁷⁸² ATF 129 I 249 consid. 3 et 5; ATF 128 I 63 consid. 2 à 5; ATF 125 I 257 consid. 3a et 3b et ATF du 1 octobre 2001 [1P.359/2001] H. J. c. canton Genève, consid. 2c. Voir également l’art. 5 de la Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD; RS 235.1) qui prévoit le droit pour toute personne concernée de réquerir la rectification des données personnelles inexactes, d’où le droit d’accéder à ces données même en marge d’une procédure judiciaire.

¹⁷⁸³ ATF du 1 octobre 2001 [1P.359/2001] H. J. c. canton Genève, consid. 2c. Cette jurisprudence n’a cependant qu’une portée relative puisqu’elle concernait spécifiquement l’accès au dossier médical requis par les parents d’une fille atteinte de troubles mentaux et décédée.

durée, a été considéré comme conforme au droit constitutionnel¹⁷⁸⁴. Une telle situation est regrettable ce d'autant que le droit d'exiger que le dossier médical soit détruit ou remis en original n'est, en l'état, pas garanti par les textes constitutionnels et/ou législatifs suisses¹⁷⁸⁵. Heureusement, nous constatons que les décisions précitées sont à ce jour restées isolées.

En résumé, le droit du patient psychique à avoir personnellement accès à son dossier médical pour pouvoir mieux se défendre dans une procédure d'internement n'est encore qu'à ses premiers balbutiements. A l'instar de ce qui vaut pour le droit d'être entendu, la tendance consiste à favoriser l'intervention du représentant légal plutôt que la communication directe des preuves médicales au malade mental lui-même. Cette solution est imparfaite mais, à notre sens, pas aussi critiquable que celle prévalant en matière de droit de comparution personnelle du malade mental. En effet, lors d'une procédure juridictionnelle, il appartient normalement au conseil légal de contester la régularité du placement¹⁷⁸⁶, et, partant, il convient que ce soit lui qui soit informé le mieux et le plus rapidement possible. De surcroît, une fois le dossier connu par l'avocat, le patient pourra y accéder très facilement. S'agissant, en revanche, du droit d'accès au dossier médical, en particulier au dossier psychiatrique, indépendamment de toute procédure juridictionnelle, son exercice est encore à parfaire.

L'accès au dossier médical constitue l'étape préalable indispensable pour pouvoir contester efficacement les données qu'il contient par le biais d'une demande de contre-expertise et/ou de confrontation aux experts à charge.

iii) Le droit de contredire «les constatations médicales» à charge

Le principe du droit pour le malade mental de contredire les constatations médicales et sociales invoquées pour justifier l'internement semble être acquis pour les Juges de Strasbourg¹⁷⁸⁷.

Dans l'affaire *Delbec c. France*¹⁷⁸⁸, la Commission avait conclu à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH puisque le juge interne avait statué sans effectuer les «vérifications» exigées par la loi, à savoir ordonner une expertise

¹⁷⁸⁴ ATF du 1 mai 1995 [5P.119/1995] en la cause M. P. c. canton Genève, consid. 2b *contra* cependant ATF 122 I 153 consid. 6 où le TF a reconnu un intérêt légitime de l'intéressé à accéder à son dossier psychiatrique.

¹⁷⁸⁵ ATF du 1 mai 1995 [5P.119/1995] en la cause M. P. c. canton Genève, consid. 2b.

¹⁷⁸⁶ *Infra*, III^e Partie, section B, sous-section a), par. 3.

¹⁷⁸⁷ CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, § 58 ainsi que CommEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, avis du 15 décembre 1977, § 102.

¹⁷⁸⁸ CommEDH, *Delbec c. France*, avis du 2 juillet 1997.

psychiatrique confiée à un expert indépendant, soumise à l'examen contradictoire des parties et éventuellement complétée par une contre-expertise¹⁷⁸⁹. A cette occasion la Commission avait répété que «le noyau irréductible» de la procédure de contrôle juridictionnel consistait dans le droit pour l'intéressé de présenter ses moyens et contredire les constatations médicales invoquées en faveur de sa détention¹⁷⁹⁰.

La manière dont ce «noyau irréductible» doit être concrétisé ne fait pas encore l'unanimité. La discussion porte notamment sur le droit du malade mental d'exiger une contre-expertise (iii.a), de convoquer des experts à décharge (iii.b) et, enfin, d'être confronté aux experts à charge (iii.c).

iii.a) Le droit à une contre-expertise

A son époque, la Commission soutenait que le malade mental doit pouvoir exiger qu'il soit procédé à une contre-expertise par le médecin de son choix¹⁷⁹¹. A cet effet, les autorités nationales doivent garantir que le juge saisi désigne un expert indépendant ou le droit pour l'intéressé de produire les conclusions d'un médecin de confiance¹⁷⁹².

Ces deux possibilités qui s'offrent aux autorités nationales pour assurer le principe du contradictoire en matière d'expertise médicale ne sont pas équivalentes.

La première possibilité ne nous semble que partiellement appropriée, à tout le moins si l'expert désigné ne connaît pas le malade mental. En effet, nous croyons qu'en psychiatrie, plus que dans les autres branches de la médecine, il est essentiel que le médecin connaisse le patient et son dossier pour pouvoir élaborer une expertise sérieuse¹⁷⁹³. Compte tenu des nombreuses difficultés auxquelles le psychiatre se trouve confronté lorsqu'il veut établir un diagnostic objectif et fiable, un solide rapport de confiance entre le soignant et le soigné apparaît incontournable¹⁷⁹⁴. Par conséquent, la désignation

¹⁷⁸⁹ Le juge s'était fondé sur les appréciations des médecins de l'établissement de placement sans que le requérant eût été à même de les contester, voire d'en prendre connaissance, *ibid.*, § 39.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*, § 40 ainsi que CourEDH, affaire Mantovanelli c. France, arrêt du 18 mars 1997, § 36 où la Cour a jugé que l'expertise doit revêtir un caractère contradictoire puisqu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance du juge et est apte à influencer le jugement de ce dernier de manière prépondérante. Sur l'importance du principe contradictoire dans ce cadre, voir également FERRAND, surtout pp. 364-368.

¹⁷⁹¹ CommEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, avis du 15 octobre 1977, § 98.

¹⁷⁹² *Ibid.*, § 102 *in fine*.

¹⁷⁹³ En général, MERGUENAUD, pp. 111-115.

¹⁷⁹⁴ *Contra*, cependant, ATF du 18 juin 1998 en la cause B. c. canton Vaud, SJ 1998 736, consid. 4, où la TF a jugé que le choix de préférer l'opinion d'un expert indépendant à celle du médecin traitant n'était pas constitutif d'arbitraire. En effet, le médecin traitant, qui a entrepris une psychothérapie, a naturellement le souci d'éviter tout ce qui pourrait perturber son travail et

par le juge d'un expert indépendant sans exiger que celui-ci connaisse le malade n'est, à notre avis et dans la plupart des cas, pas adéquate afin que soit garantie une bonne défense des intérêts de ce malade¹⁷⁹⁵. Lorsque l'expert est nommé en qualité d'arbitre parmi les experts déjà choisis par les parties – comme le prévoient d'ailleurs certaines législations nationales¹⁷⁹⁶ – constitue à notre avis la seule exception qui devrait être admise.

La première possibilité proposée par la Commission apparaît d'autant plus risquée qu'à Strasbourg, comme nous l'avons vu¹⁷⁹⁷, le diagnostic médical défendu par les autorités est présumé correct¹⁷⁹⁸. L'instauration du recours, au mieux *ex officio*¹⁷⁹⁹, à une contre-expertise établie par un psychiatre

souhaite notamment éviter de provoquer chez son patient un ressentiment qui rendrait sa mission plus difficile et même impossible. Il faut partant exclure, pour des motifs d'objectivité et d'impartialité, que le médecin avec qui l'expertisé entretient une relation thérapeutique puisse intervenir comme expert. Dans ce sens, voir également, HARDING (4), pp. 193-194. Cet auteur précise néanmoins que l'expert, pour exécuter le mandat d'expertise, doit consulter les dossiers médicaux établis par le médecin traitant et éventuellement s'entretenir avec ce dernier. Relevons que l'exigence – défendue par une partie de la doctrine médicale – de ne pas connaître l'expertisé pour élaborer une expertise objective et fiable est propre à l'expertise psychiatrique. Dans les autres cas, c'est le contraire qui est plutôt souhaitable, voir notamment l'article Forensic Psychiatrists Need Unique Ethics Rules, *Psychiatric News*, du 15 novembre 1996, <http://www.appi.org/pnews/nov15/forensic.html>.

¹⁷⁹⁵ Dans ce sens, RAPPERPORT, pp. 391-400.

¹⁷⁹⁶ A Genève, les art. 256 à 268 de la Loi sur l'organisation judiciaire E 205, prévoient qu'en principe le juge désigne un seul expert; lorsque la complexité ou l'importance de l'expertise l'exige, le juge peut en nommer trois. Dans ce cas, les trois experts dressent leur rapport après s'être consultés et, en cas de divergence d'opinion, le rapport doit énoncer l'avis de chacun d'entre eux. Si un seul expert a été nommé et si le juge n'est pas suffisamment éclairé après l'expertise, ce dernier doit recueillir des éléments complémentaires et notamment ordonner une nouvelle expertise. Le Conseil de surveillance psychiatrique peut également, mais «exceptionnellement», nommer hors de son sein un ou plusieurs psychiatres pour examiner le malade mental, art. 17 de la Loi genevoise K 1 25. En France, le juge peut, s'il l'estime nécessaire, nommer plusieurs experts et en cas de divergence entre ceux-ci chacun d'entre eux indiquera son opinion, art. 264 et 282 du Code de procédure civile. Depuis 1985, le législateur français a renoncé dans le domaine pénal au principe de la dualité des experts; d'ordinaire, un seul expert figurant sur la liste officielle est désigné. L'art. L.348-1 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990 prévoit néanmoins que les malades délinquants ayant bénéficié d'un non-lieu ne pourront être mis en liberté que sur décisions concordantes de deux psychiatres.

¹⁷⁹⁷ Supra, II^e Partie, Section C, sous-section b), par. 2, i).

¹⁷⁹⁸ CourEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, arrêt du 24 septembre 1992, § 63; CourEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, arrêt du 27 septembre 1990, § 25; CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 43 ainsi que CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, §§ 39-40.

¹⁷⁹⁹ C'est d'ailleurs ce que prétendait, sans succès, le requérant dans une affaire, qui appartient désormais à la préhistoire de la jurisprudence de la Commission, quand il affirmait qu'il incombait aux tribunaux de «vérifier, même d'office, l'exactitude des faits mentionnés par les experts», CommEDH, req. 3151/67, X c. République fédérale d'Allemagne, Rec. Vol. 27, p. 132. La Commission n'avait pas partagé cette thèse. A l'occasion d'autres décisions, elle avait même observé qu'il incombait au requérant de faire usage de la possibilité de demander une contre-expertise ou un complément d'expertise, CommEDH, req. 20282/92, G. B. c. France; CommEDH, req. 4625/70, X c. Belgique, Rec. Vol. 40, pp. 23-24 et CommEDH, req. 5348/72, X c. Belgique, Rec. Vol. 46, p. 70.

choisi par le malade, deuxième possibilité ventilée par la Commission, constitue alors une sécurité appréciable. Les rédacteurs des Principes des Nations Unies l'ont compris puisqu'ils ont prévu que le patient et son conseil peuvent demander et présenter à l'audience un rapport établi par un spécialiste de la santé mentale indépendant¹⁸⁰⁰. Ils sont toutefois les seuls à prévoir une telle possibilité. Les textes de référence du Conseil de l'Europe notamment ignorent la question¹⁸⁰¹. Le «Livre blanc» propose toutefois une solution intéressante dans la mesure où il estime que le médecin traitant du patient devrait être informé de la procédure juridictionnelle et avoir le droit d'y participer¹⁸⁰². Il ne s'agit cependant que d'une suggestion qui de plus n'a pas été reprise dans la Recommandation N° REC(2004)10¹⁸⁰³.

Compte tenu de ce qui précède, il convient de se demander comment assurer au mieux le principe du contradictoire en matière d'expertise médicale lors d'une procédure juridictionnelle. Le recours à l'application, par analogie, de la let. d) al. 3 de l'art. 6 CEDH, qui prévoit pour tout accusé en matière pénale le droit de convoquer des témoins à décharge¹⁸⁰⁴, pourrait être une hypothèse séduisante.

iii.b) Le droit de convoquer des experts à décharge

La notion de «témoins à décharge» de l'art. 6 let. d) al 3 CEDH est une notion autonome¹⁸⁰⁵ qui devrait s'étendre, à tout le moins selon la doctrine¹⁸⁰⁶,

¹⁸⁰⁰ Principe 18 al. 3 des Principes des Nations Unies. Le Projet DAES, déjà, codifiait le droit pour le patient de requérir le témoignage d'un expert libre et indépendant, art. 19 let. e) du Projet DAES.

¹⁸⁰¹ Le préambule de la Recommandation 1235 (1994) renvoie, il est vrai, à la jurisprudence des organes conventionnels en la matière sans d'autres précisions toutefois.

¹⁸⁰² «Livre blanc», par. 14 point 4.

¹⁸⁰³ Notons néanmoins que l'Exposé des motifs de la Recommandation N° REC(2004)10 affirme qu'il est «de bonne pratique» d'informer le médecin responsable des soins du patient des procédures engagées et de son droit d'y participer (§ 180).

¹⁸⁰⁴ La même garantie se retrouve aux art. 14 al. 3 let. f) Pacte II et 8 al. 2 let. f) CADH. D'après l'art. 14 al. 3 let. f) Pacte II, l'accusé a le droit d'interroger ou de faire interroger des témoins à charge et d'obtenir la convocation de témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. Il s'agit principalement d'assurer le respect du principe de l'égalité des armes, l'accusé devant disposer des mêmes moyens juridiques que l'accusation visant à contraindre les témoins à être présents et à interroger tous les témoins, respectivement, à les soumettre à un contre-interrogatoire. Dans ce sens l'Observation générale N° 13 sur l'art. 14 Pacte II, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.1, du 24 juillet 1994, p. 19. La formulation de l'art. 8 al. 2 let. f) de la CADH, en revanche, est plus neutre mais aussi plus explicite; l'accusé a le droit d'interroger les témoins comparissant à l'audience – sans distinguer entre témoins à charge et à décharge – et d'obtenir la *comparution comme témoins ou experts* [c'est nous qui soulignons], d'autres personnes pouvant faire la lumière sur les faits de la cause. De notre point de vue, un tel choix rédactionnel présente le mérite que cette disposition ne se focalise pas expressément sur le respect du principe de l'égalité des armes et écarte, peut-être, le risque d'une application trop formaliste de ce dernier principe.

¹⁸⁰⁵ Notion que par ailleurs la jurisprudence s'abstient de définir, KASTANAS, p. 16.

¹⁸⁰⁶ VELU/ERGEC, p. 504.

également aux experts de la défense. Ainsi, le droit pour le malade mental d'exiger la convocation d'un expert à décharge devrait être considéré comme un aspect particulier de l'impératif général d'équité et du principe de l'égalité des armes¹⁸⁰⁷, qui imprègne également l'esprit de l'art. 5 al. 4 CEDH. Au surplus, de jurisprudence conventionnelle constante, lorsqu'une longue période d'emprisonnement est possible et que des éléments touchant à la personnalité et au degré de maturité du détenu sont importants pour décider de sa dangerosité, «l'article 5 alinéa 4 exige une audience contradictoire dans le cadre d'une procédure emportant [...] possibilité de citer et d'interroger des témoins»¹⁸⁰⁸.

Une telle hypothèse se heurte néanmoins au droit du juge national de décider de manière souveraine de l'opportunité et de la nécessité de convoquer un témoin ou un expert¹⁸⁰⁹. Le juge peut notamment refuser sa convocation lorsqu'il estime que l'audition ne serait pas de nature à contribuer à la manifestation de la vérité¹⁸¹⁰ ou lorsqu'il serait raisonnable de penser que les résultats de l'expertise requise ne seraient pas probants¹⁸¹¹. A titre d'exemple, une expertise établie par un psychiatre choisi par le malade, dont le nom ne figurerait pas sur la liste officielle des experts¹⁸¹², pourrait être considérée par le juge comme souffrant d'une crédibilité réduite et, partant, risquerait d'être écartée¹⁸¹³.

L'ampleur du pouvoir du juge national d'ordonner ou de refuser d'ordonner la convocation d'experts à décharge et la portée restreinte du contrôle conventionnel y relatives, apparaissent de manière flagrante dans l'affaire

¹⁸⁰⁷ Dans ce sens notamment SOYER/DE SALVIA, p. 276.

¹⁸⁰⁸ CourEDH, affaire Waite c. Royaume-Uni, arrêt du 10 décembre 2002, § 59; CourEDH, affaire Singh c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996 § 68 et CourEDH, affaire Hussain c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996, § 60.

¹⁸⁰⁹ CourEDH, affaire Vidal c. Belgique, arrêt du 22 avril 1992, § 33; CourEDH, affaire Kamasinski c. Autriche, arrêt du 19 décembre 1989, § 33; CourEDH, affaire Bricmont c. Belgique, arrêt du 7 juillet 1989, § 89 ainsi que CommEDH, req. 21607/93, Wedberg et Hillblom c. Suède, dans laquelle la Commission affirmait: «As what concerns the applicant's wish to have Doctor D. R. heard during the hearing, the Commission first recalls that is normally for the national courts to decide whether it is necessary or advisable to call a witness».

¹⁸¹⁰ CommEDH, req. 1134/61, Ann. Conv., Vol. IV, p. 378; CommEDH, req. 4607/70, Ann. Conv., Vol. XIV, p. 634 et CommEDH, req. 5560/72, Ann. Conv., Vol. XVI, p. 172.

¹⁸¹¹ CourEDH, affaire Bricmont c. Belgique, arrêt du 7 juillet 1989, § 90.

¹⁸¹² En France, notamment, les experts auprès des tribunaux sont ceux qui figurent soit sur une liste nationale établie par le bureau de la Cour de cassation, soit sur une des listes dressées par les Cours d'appel. Les modalités d'inscription et de radiation sur ces listes sont fixées par un règlement de l'administration publique. Les juridictions ne peuvent choisir des experts ne figurant sur aucune des listes susmentionnées qu'à titre exceptionnel et par décision motivée, art. 157 du Code de procédure pénale français.

¹⁸¹³ Dans l'affaire Luberti c. Italie, en particulier, l'expertise établie par un psychologue consulté par l'intéressé à titre privé et concluant à la guérison de ce dernier n'avait pas été considérée comme déterminante, CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, § 29.

H. c. France¹⁸¹⁴. Le requérant, malade mental, tenait pour responsables les hospices civils des suites dommageables d'une piqûre intraveineuse à l'amphétamine pratiquée lors de son hospitalisation forcée¹⁸¹⁵. Les autorités internes avaient statué sans demander d'expertise et/ou convoquer des experts, en niant le lien de causalité entre l'acte médical et le dommage subi¹⁸¹⁶. La Cour a présumé que les autorités internes avaient été suffisamment éclairées pour statuer en connaissance de cause sans devoir exiger une expertise ou auditionner des experts¹⁸¹⁷. Elle a néanmoins indiqué que la décision des autorités internes aurait pu prêter le flanc à la critique si le traitement médical en cause avait été contesté¹⁸¹⁸. WACHENFELD voit dans cette phrase une lueur d'espoir d'un contrôle conventionnel plus incisif¹⁸¹⁹. Cet auteur pêche peut-être par optimisme, puisque le traitement en question était en réalité un traitement psychiatrique grave administré indûment en lieu et place de la narco-analyse prescrite pour soigner les symptômes de schizophrénie dont souffrait le requérant¹⁸²⁰.

Quoi qu'il en soit, pareille délimitation du contrôle strasbourgeois s'explique, sans toutefois être justifiée, par le fait qu'en principe les autorités internes sont libres dans la manière de régir l'admissibilité des preuves¹⁸²¹. La doctrine critique l'étendue d'une telle marge d'appréciation¹⁸²² et soutient que les autorités nationales bénéficient, ainsi, d'une trop grande latitude, quand bien même il leur incombe formellement de se livrer à «un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties»¹⁸²³.

¹⁸¹⁴ CourEDH, affaire H. c. France, arrêt du 24 octobre 1989.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*, § 19.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, § 67.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*, § 70. Les juges de Strasbourg ont néanmoins conclu à la violation de l'art. 6 CEDH au motif du dépassement du bref délai.

¹⁸¹⁸ CourEDH, affaire H. c. France, arrêt du 24 octobre 1989, § 70. Les juges dissidents ont condamné cette décision et son caractère arbitraire: «Il est certain que le lien de causalité entre un acte médical mis en cause et un préjudice subi ne peut être établi par le juge seul. Celui-ci doit recourir à une science qui n'est pas la sienne, la science médicale, laquelle ne peut venir en aide à la justice qu'au moyen d'une expertise médicale et, le cas échéant, d'une contre-expertise, assorties de garanties édictées par les règles de procédure. Il s'avère inéquitable et même illogique d'avoir refusé au requérant une expertise, seul moyen susceptible de prouver le lien de cause à effet, et d'avoir rejeté sa demande au motif précisément qu'il n'établissait pas ce rapport de causalité. La nomination d'un expert était d'autant plus importante que le traitement infligé ne correspondait pas à celui qui avait été prescrit et qu'il avait été effectué sans le consentement du malade», CourEDH, affaire H. c. France, arrêt du 24 octobre 1989, opinion partiellement dissidente des Juges MACDONALD et CARRILLO SALCEDO.

¹⁸¹⁹ WACHENFELD, p. 216.

¹⁸²⁰ CourEDH, affaire H. c. France, arrêt du 24 octobre 1989, § 11.

¹⁸²¹ CourEDH, affaire Vidal c. Belgique, arrêt du 22 avril 1992, § 33, où la Cour a répété qu'il revient en principe aux juridictions nationales de juger de l'utilité d'une offre de preuve par «témoins».

¹⁸²² VELU/ERGEC, p. 502 ainsi que les auteurs cités.

¹⁸²³ CourEDH, affaire Kraska c. Suisse, arrêt du 19 avril 1993, § 30.

En d'autres termes, la censure conventionnelle n'interviendra qu'en cas de refus abusif ou arbitraire. De la sorte, le droit de convoquer des experts est privé d'une partie de son effectivité¹⁸²⁴.

L'obligation pour le juge national de motiver sa décision de refus constitue le seul correctif imposé¹⁸²⁵.

Tel est le cas en France, où si le juge refuse de donner suite aux expertises requises, notamment par l'inculpé ou son conseil, il doit rendre une ordonnance motivée¹⁸²⁶. En Suisse, le TF a jugé que les experts sont des témoins au sens de l'art. 6 al. 3 let. d) CEDH tout en confirmant que le droit à l'audition des témoins à décharge n'est pas absolu¹⁸²⁷. Il a toutefois rappelé que la question de l'opportunité d'entendre des témoins ou des experts relève de l'appréciation des preuves et ne peut être revue que sous l'angle de l'arbitraire. L'autorité doit néanmoins, sous peine de violation du droit d'être entendu, satisfaire «à son devoir minimum» (sic!) d'examiner et de traiter les problèmes pertinents¹⁸²⁸. De plus, en l'état – pas très satisfaisant – de la jurisprudence du TF, le droit fédéral n'exige pas qu'il soit procédé à la nomination d'experts externes à l'autorité chargée de décider¹⁸²⁹. Par ailleurs, les droits du malade mental sont considérés comme garantis si ce dernier ou son représentant légal prend connaissance de l'expertise psychiatrique le concernant et s'exprime par écrit sur son contenu¹⁸³⁰.

A défaut d'un droit établi à la production d'une contre-expertise d'un expert de son choix ou à la convocation d'experts à décharge, le droit du malade mental d'être confronté aux experts à charge, découlant également de l'art. 6 al. 3 let. d) CEDH, gagne singulièrement en importance.

iii.c) Le droit d'être confronté aux experts à charge

La jurisprudence conventionnelle réduit la portée du droit du malade mental d'être confronté aux experts à charge déduit de art. 6 al. 3 let. d) CEDH, en

¹⁸²⁴ VELU/ERGEC, p. 502 et les auteurs cités.

¹⁸²⁵ CommEDH, affaire Bricmont c. Belgique, avis du 15 octobre 1987, § 152, où la Commission avait conclu à la violation de la Convention au motif que le juge belge n'avait pas précisé les raisons pour lesquelles il ne procédait pas à l'audition du témoin réclamée par la défense.

¹⁸²⁶ Art. 81 al. 7 du Code de procédure pénale français ainsi que CourEDH, affaire Bernard c. France, arrêt du 23 avril 1998, §§ 10-23. Il est opportun de relever que l'art. 16 du Code de procédure civile français établit clairement l'obligation pour le juge de faire respecter par les parties et de respecter lui-même le principe du contradictoire, FERRAND, pp. 347-352.

¹⁸²⁷ ATF du 28 novembre 1995 en la cause M. M. c. canton Vaud, consid. 2a) reproduit dans MALINVERNI/HOTTELIER, p. 443.

¹⁸²⁸ ATF 122 IV 8 consid. 2c et ATF 118 la 35 consid. 2e.

¹⁸²⁹ ATF 110 II 122 consid. 3.

¹⁸³⁰ ATF 119 la 260 consid. 6.

spécifiant que son exercice reste «subordonné à l'appréciation du tribunal interne sur la pertinence des questions qui pourraient contribuer à la découverte de la vérité et, par conséquent, sur leur nécessité»¹⁸³¹.

Ceci étant dit, la confrontation du malade mental ou, ce qui est plus vraisemblable, de son avocat à l'expert psychiatre ne pourra pas être refusée par les autorités internes sous peine d'un exercice arbitraire de leur marge d'appréciation. En effet, cette confrontation est essentielle pour garantir pleinement une audience contradictoire fondamentale «à la découverte de la vérité», à savoir la dangerosité effective de l'intéressé¹⁸³². Ce droit à la confrontation est d'autant plus important que l'expert psychiatre n'a pas l'obligation de clarifier sa pensée lorsqu'il a l'impression que les bonnes questions ne sont pas soulevées¹⁸³³. L'expert psychiatre n'a pas d'autres devoirs déontologiques que celui de répondre de façon honnête et claire aux questions posées¹⁸³⁴.

La jurisprudence de la Commission dans l'affaire *Wassink c. Pays-Bas*¹⁸³⁵ va par ailleurs dans le sens de ce que nous venons d'indiquer. Rappelons-nous que dans cette affaire, le Président du Tribunal d'arrondissement avait entendu personnellement le requérant. Les déclarations de trois autres personnes – deux médecins et l'épouse du précité – n'avaient cependant été recueillies que par téléphone. Seul un résumé de leurs dépositions avait été porté, toujours par téléphone, à connaissance de la personne de confiance de l'intéressé. Ces dépositions avaient eu une incidence certaine sur la décision du Président de prolonger la détention, puisque celui-ci s'y référerait expressément dans sa décision en indiquant qu'il avait pu y trouver des éléments supplémentaires étayant les affirmations sur le comportement bizarre et désagréable (sic!) du requérant à l'égard des voisins. La Commission avait jugé cela suffisant pour conclure à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH¹⁸³⁶. La Cour ne l'a pas suivie¹⁸³⁷. Cette affaire demeure cependant d'un intérêt certain. La décision de la Commission, en dépit de son désaveu par la Cour, donne matière

¹⁸³¹ CourEDH, affaire *Storck c. Allemagne*, arrêt du 16 juin 2005, §§ 133-135 ainsi que CommEDH, req. 9000/80, DR 28, p. 131 ainsi que VELU/ERGEC, p. 502.

¹⁸³² Dans ce sens, ATF du 27 janvier 2003 [5C.9/2003] en la cause *S. D. C. c. canton St. Gall*, consid. 3.

¹⁸³³ RAPPERPORT pose la question de manière presque provoquante «What should we (the experts) do if the cross-examining lawyer does not do a good job?», RAPPERPORT, p. 395. Dans ce sens, également, BURSZTAJN, H. J., *The Rebirth of Forensic Psychiatry in Light of Recent Historical Trends in Criminal Responsibility*, 12 novembre 1993, <http://www.forensic-psych.com/pubs/rebirth.htm>, p. 2, et BALEZON, pp. 139-146 qui affirme que «The problem with forensic psychiatry in the courtroom is that the average attorney does not know how to consult the average forensic psychiatrist».

¹⁸³⁴ RAPPERPORT, p. 395.

¹⁸³⁵ CommEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, avis du 12 juillet 1989.

¹⁸³⁶ *Ibid.*, §§ 49-50.

¹⁸³⁷ La Cour a en effet conclu à l'absence de violation en faisant preuve d'une foi aveugle dans le jugement du magistrat, CourEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990, § 33.

à réflexion. Elle concrétise en quelque sorte ce que le droit du malade mental d'être confronté aux experts signifie. Cela comprend, à notre avis, d'une part la possibilité de contredire les allégations non seulement de l'expert à charge mais aussi de toute personne dont le témoignage a pu jouer un rôle et, d'autre part, le droit d'être présent pour le faire.

Nous avons déjà traité du droit du malade mental d'être présent¹⁸³⁸, nous n'allons pas y revenir. Il convient néanmoins de rappeler que le malade mental ne devrait pas être confronté aux experts uniquement lors de l'examen d'évaluation mais également pendant l'audience. La doctrine semble être unanime, du moins en matière pénale, sur la nécessité pour l'intéressé d'être présent lorsque les témoins et/ou experts à charge sont interrogés¹⁸³⁹, et ce même si la Convention ne le prévoit pas expressément.

Il est regrettable qu'à cet égard, la jurisprudence conventionnelle laisse, une fois n'est pas coutume, une très grande marge d'appréciation aux autorités internes¹⁸⁴⁰. La confrontation peut même être refusée lorsqu'une décision n'est pas uniquement fondée sur des déclarations qui n'ont pu être contredites par une confrontation directe¹⁸⁴¹. Dans le cas des malades mentaux, où l'impulsion première de l'internement fait souvent suite à des déclarations de la famille ou de tiers «voisins», les conséquences d'une telle jurisprudence, particulièrement en cas d'interprétation large, peuvent être néfastes. Si la confrontation directe n'est pas accordée, la tâche de l'avocat de faire ressortir le véritable état de santé de son client est particulièrement ardue. Elle le devient d'autant plus en l'absence d'une contre-expertise.

En résumé, il convient de constater que le droit de tout malade mental de pouvoir produire systématiquement dans une procédure juridictionnelle une contre-expertise ou, à défaut, de pouvoir contester le rapport psychiatrique à charge par d'autres moyens, ne trouve qu'un ancrage imparfait dans la jurisprudence conventionnelle. Les autorités internes, abstraction faite des cas d'arbitraire, demeurent les maîtres absolus en la matière. Sans nous permettre d'exprimer de la méfiance à l'égard de la conscience juridique des ces autorités, nous ne comprenons pas les raisons pour lesquelles les législateurs européens demeurent réfractaires à la codification et au renforcement d'un tel droit. Nous ne croyons pas qu'il soit suffisant d'inscrire dans les lois sur la santé mentale le principe du droit au recours juridictionnel assorti d'un renvoi, souvent implicite, aux lois de procédure qui en réglementent les modalités, y compris l'expertise. Tel est notamment le cas en Italie, où la loi prévoit

¹⁸³⁸ Supra, III^e Partie, section B, sous-section a), par. 2, i).

¹⁸³⁹ VELU/ERGEC, pp. 504-505, et les auteurs cités.

¹⁸⁴⁰ CourEDH, affaire *Unterpertinger c. Autriche*, arrêt du 24 novembre 1986, § 33.

¹⁸⁴¹ Dans ce sens, VELU/ERGEC, p. 505 et la jurisprudence citée.

uniquement que le tribunal délibère en salle de conseil après avoir effectué des enquêtes et recueilli toutes les preuves prescrites par la loi ou demandées par les parties, les détails étant réglés par la loi de procédure civile¹⁸⁴². Il en va de même à Genève, où la loi traite de la procédure de recours mentionnant dans ce cadre le droit du malade mental d'être entendu; pour le surplus, elle renvoie aux textes généraux¹⁸⁴³. En France, également, la loi sur la santé mentale ne réglemente pas les droits procéduraux du malade mental hospitalisé de force¹⁸⁴⁴.

Ce qui précède nous semble peu satisfaisant du point de vue de la prévisibilité et de l'accessibilité du droit et surtout tient insuffisamment compte de la situation très particulière du malade mental qui exige une protection plus étendue. Il s'agit peut-être là de la conséquence inavouée d'une présomption selon laquelle l'intéressé sera de toute façon représenté par un homme de loi, connaissant la procédure judiciaire et étant capable d'en tirer partie au mieux. Une telle présomption nous semble risquée, ce d'autant que, ainsi que nous allons le traiter ci-après, la mise en œuvre en pratique du droit du malade mental hospitalisé de force d'être assisté d'un avocat lors de la procédure juridictionnelle n'est pas irrécusable.

3) Le droit d'être assisté par un avocat

La Convention reconnaît à l'art. 6 al. 3 let. c) CEDH le droit d'être assisté d'un avocat. Afin d'assurer lors du contrôle juridictionnel de l'hospitalisation forcée un caractère contradictoire effectif, les circonstances peuvent exiger l'octroi d'un droit à l'assistance également dans le cadre de l'art. 5 al. 4 CEDH¹⁸⁴⁵. En outre, des garanties spéciales de procédure doivent être assurées en présence des malades mentaux n'étant pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte¹⁸⁴⁶. C'est en tout cas ce qu'enseigne la jurisprudence *Megyeri c. Allemagne*¹⁸⁴⁷.

¹⁸⁴² Art. 5 al. 7 de la Loi italienne N°180 ainsi que PIZZI, pp. 26-28.

¹⁸⁴³ Art. 30 de la Loi genevoise K 1 25.

¹⁸⁴⁴ En France, le Tribunal de grande instance devant lequel se pourvoit le malade hospitalisé de force désigne habituellement un expert, TRIBOLET/DESOUS, p. 150. Cette possibilité se trouve toutefois réglementée par l'art. 264 du Code français de procédure civile.

¹⁸⁴⁵ CourEDH, affaire *Waite c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 décembre 2002, § 59; CourEDH, affaire *Lanz c. Autriche*, arrêt du 31 janvier 2002, §§ 40-44; CourEDH, affaire *Bouamar c. France*, arrêt du 29 février 1988, § 60; CourEDH, affaire *Singh c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1996, § 68 ainsi que MACOVEI, pp. 63-65 et MURDOCH (2), pp. 54-55.

¹⁸⁴⁶ CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, § 60 ainsi que KOERING-JOULIN (1), p. 231, PUECHAVY, pp. 621-633 et SPIELMANN, pp. 107-118.

¹⁸⁴⁷ CourEDH, affaire *Megyeri c. Allemagne*, arrêt du 12 mai 1992.

Dans l'affaire précitée, le requérant était un délinquant malade mental souffrant d'une psychose schizophrène grave avec des signes de paranoïa qui le rendaient particulièrement dangereux pour la collectivité. Interné pendant presque huit ans dans un hôpital psychiatrique, il se plaignait du fait qu'il n'avait pas été assisté par un conseil lors des contrôles périodiques de son hospitalisation¹⁸⁴⁸. La Cour constitutionnelle allemande considérait cette situation comme conforme au droit, puisqu'il n'avait pas été rendu manifeste que le requérant, en raison de sa maladie, avait été inapte à se défendre lui-même¹⁸⁴⁹. Après avoir constaté que diverses décisions judiciaires antérieures avaient démontré l'incapacité manifeste du requérant de mener une instance judiciaire et l'existence des troubles si évidents qu'une expertise était inutile¹⁸⁵⁰, la Cour a rejeté la thèse du Gouvernement et conclu à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH. Elle l'a fait à l'unanimité ayant élaboré au préalable un *obiter dictum* d'une portée fondamentale, puisque d'après ses termes «une personne détenue dans un établissement psychiatrique pour avoir accompli des actes constitutifs d'infractions pénales, mais dont ses troubles mentaux empêchent de la juger responsable, doit, sauf circonstances exceptionnelles, jouir de l'assistance¹⁸⁵¹ d'un homme de loi dans les procédures ultérieures relatives à la poursuite, la suspension ou la fin de son internement. L'importance de l'enjeu pour elle – sa liberté –, combinée à la nature de son mal – une attitude mentale diminuée –, dicte cette conclusion»¹⁸⁵².

Cette consécration conventionnelle magistrale du droit du malade mental à l'assistance d'un avocat appelle les commentaires suivants, d'une part, quant à la portée effective du droit du malade mental d'être assisté d'un avocat (i) et, d'autre part, quant aux obligations que ce droit impose à la charge des Etats (ii).

i) La portée du droit d'être assisté par un avocat et ses limites

La jurisprudence *Megyeri c. Allemagne*, prise à la lettre, semble limiter la jouissance du droit en question au malade mental délinquant. Nous croyons

¹⁸⁴⁸ Ibid., §§ 9-11.

¹⁸⁴⁹ Il s'agissait d'un cas d'application de l'art. 140 du Code pénal allemand prévoyant la désignation, sur demande ou d'office, d'un défenseur lorsqu'en raison de la gravité de l'acte ou de la complexité des données de fait ou de droit de la cause, l'inculpé ne peut manifestement pas se défendre lui-même, *ibid.*, §§ 11 et 18.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, § 24.

¹⁸⁵¹ Le terme «assistance» et non pas «représentation» a été choisi sciemment car présumant la comparution personnelle du malade mental aux côtés de son défenseur; dans le même sens mais concernant l'accusé en matière pénale, VELU/ERGE, p. 497.

¹⁸⁵² CourEDH, affaire *Megyeri c. Allemagne*, arrêt du 12 mai 1992, § 23. La Commission était parvenue, également à l'unanimité, au même résultat, CommEDH, affaire *Megyeri c. Allemagne*, avis du 26 février 1991, § 46.

toutefois qu'une telle limitation constitue plutôt la conséquence fastidieuse de l'approche casuistique, le requérant étant en effet un délinquant malade mental¹⁸⁵³.

Nous ne voyons pas de raisons valables au refus d'un tel droit à un malade mental interné à la suite d'une procédure administrative. L'importance de l'enjeu en cause, à savoir le respect de la garantie de la liberté personnelle, demeure exactement le même que le malade mental soit délinquant ou pas.

Il serait également possible d'affirmer qu'un malade mental moins gravement atteint que le requérant – qui était l'objet d'une procédure de mise sous tutelle – ne pourrait pas invoquer le droit à l'assistance d'un conseil puisqu'il serait apte à se défendre lui-même¹⁸⁵⁴. Le droit d'être assisté d'un avocat ne dépendrait alors plus d'un critère juridique – la complexité de la question à traiter – mais d'un critère médical – la gravité des troubles.

La Cour était consciente d'un tel risque puisqu'elle a cru opportun de souligner qu'indépendamment des attitudes mentales de tout individu, l'importance du problème juridique et constitutionnel en jeu lors de la contestation de la proportionnalité d'une mesure d'internement fait douter sérieusement de la capacité d'un non-juriste de l'aborder de manière adéquate¹⁸⁵⁵. Ainsi, et toujours d'après la Cour, quelle que soit la lucidité du malade mental pour se défendre lui-même, la complexité des intérêts en présence rend l'assistance légale indispensable afin que soit conduite de manière efficace, et donc conforme à la Convention, la procédure de contrôle juridictionnel.

Autrement dit, le droit de se défendre en personne ne devrait pas être accordé à un malade mental lors d'une procédure juridictionnelle. Le droit d'être assisté d'un avocat devient une obligation à laquelle il ne devrait pas être permis de déroger dans un souci d'intérêt de la justice, et ceci même à l'encontre de la volonté de l'intéressé¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵³ Dans une autre affaire portant sur la même problématique et classée à la suite d'un règlement amiable, le requérant était également un malade mental délinquant, CommEDH, req. 11200/84, Merkier c. Belgique, DR 57, p. 38. Il en va de même dans l'affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, CourEDH affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002, §§ 54-62 et infra, III^e Partie, section B, sous-section a), par. 3, ii).

¹⁸⁵⁴ De surcroît, la renonciation à l'assistance d'un conseil est un droit et non pas un devoir à accomplir en fonction de ses capacités mentales, notamment art. 6 al. 3 let. c) CEDH, 14 al. 3 let. d) Pacte II et 8 al. 2 let. e) CADH.

¹⁸⁵⁵ CourEDH, affaire Megyeri c. Allemagne, arrêt du 12 mai 1996, § 25.

¹⁸⁵⁶ Par ailleurs et par analogie, le droit de renoncer à être assisté par un conseil légal et de se défendre soi-même n'est pas un droit absolu du moins d'après la jurisprudence des organes conventionnels; pour la sauvegarde de la justice, l'intéressé n'est pas totalement libre de son choix STAVROS, p. 219; VELU/ERGEC, pp.494-495; VAN DIJK/VAN HOOF, p. 268. *Contra* les art. 14 al. 3 let. d) Pacte II et 8 al. 2 let. e) CADH qui semblent conférer un caractère quasi-absolu au droit de l'intéressé de se défendre soi-même, dans ce sens NOWAK (1), pp. 258-260, qui conclut que: «Everyone charged with a criminal offence has a *primary, unrestricted right* [...] to defend himself».

Dans cette optique, le «Livre blanc» suggère de «mettre à disposition le conseil juridique automatiquement» dans toutes les procédures concernant le placement involontaire¹⁸⁵⁷. La Recommandation N° REC(2004)10 n'a malheureusement pas codifié cette suggestion.

A teneur de texte, les Principes des Nations Unies ne se soucient guère de savoir si les intérêts de la justice exigent la présence d'un avocat; ils précisent que le patient a le droit de désigner un conseil et que s'il ne s'assure pas de tels services, un conseil sera mis à sa disposition gratuitement en cas d'absence de moyens suffisants pour le rémunérer¹⁸⁵⁸.

Le législateur belge, vraisemblablement sensible à la problématique, a codifié le caractère obligatoire de l'assistance d'un avocat dans le cas du malade mental hospitalisé de force¹⁸⁵⁹. A notre connaissance, il s'agit d'un cas unique. Les autres textes nationaux garantissent d'une manière assez disparate le droit à l'assistance d'un homme de loi, tout en laissant, à tout le moins à teneur de texte, à l'intéressé le droit de choisir.

En Italie, l'assistance légale demeure facultative¹⁸⁶⁰. LOUZON, dans une vision très idéaliste, souligne à ce propos que l'absence, pour le malade mental, de l'obligation de recourir à un avocat a pour heureuse conséquence que celui-ci peut recevoir les pièces du dossier, suivre toute la procédure et défendre lui-même sa requête lors du procès¹⁸⁶¹. Toutefois, nous doutons de l'établissement d'une sorte de hiérarchie qui accorderait au droit d'être entendu une primauté sur le droit à l'assistance judiciaire, ce d'autant que la Cour semble suggérer qu'il ne suffit pas d'entendre le malade pour assurer le plein respect de tous ses droits¹⁸⁶².

En Suisse, quand bien même le législateur était conscient que la privation de liberté à des fins d'assistance représente une mesure très grave pour l'intéressé, il s'est abstenu de prescrire l'assistance juridique obligatoire pour chaque cas¹⁸⁶³. Cette décision a été motivée par la maxime d'office, caractéristique essentielle de la procédure de placement, la personne en cause n'ayant ainsi pas besoin de connaissances juridiques particulières (sic!)¹⁸⁶⁴. Le droit

¹⁸⁵⁷ «Livre blanc», par. 14, point 3.

¹⁸⁵⁸ Principe 18 al. 1 des Principes des Nations Unies.

¹⁸⁵⁹ Art. 7 al. 1 et 2 et 20 al. 2 de la Loi belge du 26 juin 1990.

¹⁸⁶⁰ «Nel processo davanti al tribunale le parti possono stare in giudizio senza ministero difensore [...]», art. 5 al. 3 de la Loi italienne N° 180 et, pour un commentaire, PIZZI, pp. 26-28.

¹⁸⁶¹ LOUZON, p. 143.

¹⁸⁶² CourEDH, affaire Megyeri c. Allemagne, arrêt du 12 mai 1992, § 25 *in fine*.

¹⁸⁶³ ATF du 18 octobre 1998 [5P.205/1988] en la cause V. T. c. canton Berne, consid. 3.

¹⁸⁶⁴ FF 1977 III 42. Il ne faut toutefois pas oublier que le législateur suisse écrivait ces lignes il y a près de 30 ans. La Constitution fédérale accorde le droit à l'assistance gratuite dans la mesure ou la sauvegarde des droits de l'intéressé le requiert, TRECHSEL (7), p. 216.

fédéral prévoit, en effet, que le juge accorde «au besoin» une assistance juridique¹⁸⁶⁵. Il incombe au juge d'examiner si les circonstances qui rendent un tel octroi obligatoire sont réalisées; la jurisprudence du TF souligne que seules des «difficultés particulières de fait et de droit» peuvent rendre obligatoire la désignation d'un avocat¹⁸⁶⁶. A cet égard, le fait que la personne en cause souffre d'une maladie mentale et que l'internement porte une atteinte profonde à ses droits ne suffit pas¹⁸⁶⁷; il faut encore qu'il s'agisse d'un ensemble de faits complexe qui requiert l'élucidation de questions médicales et qui concerne un malade gravement atteint de troubles de la personnalité diminuant sérieusement la maîtrise de lui-même ainsi que ses capacités relationnelles comme de communication¹⁸⁶⁸. Le TF a notamment jugé que le fait d'être astreint à un traitement ambulatoire ne constitue pas une atteinte assez grave à la liberté personnelle pour justifier l'assistance d'un avocat¹⁸⁶⁹. Dernièrement, notre Cour suprême a encore jugé que le malade mental délinquant interné bénéficie d'un droit constitutionnel à l'assistance judiciaire pour la procédure d'octroi de congés; en revanche la Constitution ne garantit pas, en principe, un tel droit pour le contrôle périodique annuel de la mesure et de son exécution¹⁸⁷⁰.

S'agissant encore de la Fédération de Russie, l'ancienne loi mérite tout d'abord d'être évoquée puisqu'elle garantissait à toute personne atteinte de troubles mentaux une assistance juridique, une protection judiciaire, la supervision du parquet et l'assistance d'un avocat aux fins de sauvegarder ses droits et intérêts légitimes¹⁸⁷¹. La loi en vigueur aujourd'hui a adopté une approche plus restrictive; le patient a le droit à l'assistance d'un avocat, d'un représentant légal *ou* de toute autre personne, conformément à la procédure fixée par la loi. Il doit choisir et lorsque son choix porte sur l'avocat, la défense des droits et des intérêts légitimes pourra être assurée par ce dernier et l'administration de l'établissement dispensant des soins psychiatriques devra garantir sa désignation¹⁸⁷². Indépendamment de son choix, le patient a de surcroît le droit de rencontrer un avocat – et un ecclésiastique: attention aux assimilations impropres! – en tête à tête¹⁸⁷³.

¹⁸⁶⁵ Art. 397 al. 2 CCS.

¹⁸⁶⁶ ATF 129 I 281 consid. 3.1 à 4.3 et renvois; ATF 107 II 314 consid. 2 et 3. Sur ces notions, en général, CORBOZ, pp. 79-81 et 84-85 et les arrêts cités; PAYCHERE, pp. 109-129 ainsi que GRAF, pp. 21-31 et infra, III^e Partie, section B, sous-section a), par. 3, ii).

¹⁸⁶⁷ ATF du 13 février 1997 [5P.8/1997] en la cause S. A. c. canton Berne, consid. 3a; ATF 107 II 314 consid. 2 et 3 et ATF 119 la 264 consid. 3b.

¹⁸⁶⁸ ATF du 19 janvier 2000 [1P.622/1999] en la cause R. K. c. canton Bâle, consid. 3c/bb.

¹⁸⁶⁹ ATF du 12 octobre 1992 [1P.472/1992] en la cause P. G. c. canton Jura, consid. 2 et 3.

¹⁸⁷⁰ ATF 128 I 225 consid. 2.5 ainsi que ATF 113 II 392 consid. 2.

¹⁸⁷¹ Art. 2 du Décret n° 8282-XI du 5 janvier 1988 de l'ancienne URSS.

¹⁸⁷² Art. 5 al. 2 et 7 al. 3 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie.

¹⁸⁷³ Art. 37 al. 2, *ibid.*

Si la jurisprudence *Megyeri c. Allemagne* pouvait constituer l'amorce d'une consécration internationale du droit du malade mental hospitalisé à l'assistance légale obligatoire, la même jurisprudence rappelle que cette assistance pouvait être refusée. Tel peut notamment être le cas pour un détenu malade mental – ou un malade mental hospitalisé – qui solliciterait son élargissement à une fréquence plus grande qu'à des «intervalles raisonnables»¹⁸⁷⁴. A notre sens, ce rappel était inutile. L'art. 5 al. 4 CEDH garantit uniquement le droit de former un recours à intervalles raisonnables et non pas en tout temps¹⁸⁷⁵. Si cette disposition ne s'applique pas, toutes les garanties procédurales qui en découlent, y compris le droit d'être assisté d'un avocat, connaissent le même sort.

Quoi qu'il en soit, la consécration conventionnelle du droit du malade mental d'être assisté par un homme de loi lors d'un recours juridictionnel – que cette assistance soit obligatoire ou facultative – impose des obligations à la charge des Etats¹⁸⁷⁶.

ii) *Les obligations à la charge des Etats*

Le droit du malade mental d'être assisté d'un avocat impose aux Etats de régler l'assistance judiciaire, le cas échéant gratuite, et de garantir qu'elle soit adéquate.

A l'occasion de l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*¹⁸⁷⁷ déjà, la Cour a suggéré que l'absence de demande d'assistance par un conseil légal n'équivalait pas à une renonciation implicite pour le malade mental¹⁸⁷⁸; le nombre de possibilités pour ce dernier de formuler une telle demande n'étant d'aucune pertinence à cet égard. En effet, l'art. 5 al. 4 CEDH n'exige pas que des individus, qui sont placés sous surveillance puisque malades mentaux dangereux, s'efforcent eux-mêmes de trouver un homme de loi pour les assister avant de s'adresser à un tribunal¹⁸⁷⁹.

La jurisprudence *Megyeri c. Allemagne*¹⁸⁸⁰ reprend ce même principe pour le développer¹⁸⁸¹. Il incombe aux autorités internes de s'assurer que le

¹⁸⁷⁴ CourEDH, affaire *Megyeri c. Allemagne*, arrêt du 12 mai 1992, § 26 *in fine*.

¹⁸⁷⁵ *Supra*, III^e Partie, section A, sous-section c), par. 2, iv).

¹⁸⁷⁶ CourEDH, affaire *Magalhaes Pereira c. Portugal*, arrêt du 26 février 2002, §§ 59-61.

¹⁸⁷⁷ CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-bas*, arrêt du 24 octobre 1979.

¹⁸⁷⁸ Il est intéressant de relever que l'art. 8 al. 2 let. e) CADH exprime clairement que le droit d'être assisté par un défenseur ne peut faire l'objet d'aucune renonciation.

¹⁸⁷⁹ CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-bas*, arrêt du 24 octobre 1979, § 66.

¹⁸⁸⁰ CourEDH, affaire *Megyeri c. Autriche*, arrêt du 12 mai 1992.

¹⁸⁸¹ *Ibid.*, § 22 *in fine*.

malade mental soit bel et bien représenté par un avocat de son choix¹⁸⁸². Si tel ne devait pas être le cas, ces autorités doivent procéder à une nomination d'office et, éventuellement, accorder l'assistance judiciaire gratuite.

Le droit du malade mental à l'assistance judiciaire gratuite ne saurait toutefois être absolu. Il est soumis à deux conditions conventionnelles: le malade mental est «indigent»¹⁸⁸³ et les «intérêts de la justice»¹⁸⁸⁴ demandent à ce qu'il soit assisté d'un avocat. Sous réserve de circonstances exceptionnelles, face à un malade mental hospitalisé de force, la présence d'un homme de loi est manifestement exigée par les intérêts de la justice précités¹⁸⁸⁵. En d'autres termes, lorsque le malade mental conteste par la voie juridictionnelle la légitimité de son hospitalisation, l'enjeu constitutionnel réduit à néant le pouvoir d'appréciation du juge interne quant à l'opportunité de l'assistance d'un avocat. C'est ce que rappelle, par ailleurs, la Recommandation N° R (83) 2¹⁸⁸⁶.

Le malade mental doit pouvoir refuser l'avocat commis d'office, si ce dernier ne lui inspire pas confiance¹⁸⁸⁷. En effet, la confiance mutuelle constitue la prémisses indispensable de la relation client-avocat. Le législateur belge semble en être pleinement conscient, le malade mental conservant le droit de choisir un autre conseil en lieu et place de l'avocat commis d'office¹⁸⁸⁸. A Genève, il est prévu en règle générale de nommer d'office l'avocat choisi par le requérant¹⁸⁸⁹.

¹⁸⁸² Il convient de préciser que le droit du malade mental d'être assisté par un défenseur de son choix n'est consacré par la Convention que dans la mesure où le malade mental possède les moyens de le rémunérer, pour en savoir plus VELU/ERGEC, pp. 494-495 ainsi que GROTIAN (2) et SOYER/DE SALVIA, pp. 274-275.

¹⁸⁸³ S'agissant de la condition de l'indigence, STAVROS observe qu'elle n'a pas retenu l'attention des organes conventionnels, qui par ailleurs semblent tout boniment accepter la qualification nationale d'«indigence», STAVROS, p. 208. En Suisse, notamment, selon une jurisprudence constante une personne est indigente lorsqu'elle n'est pas en mesure d'assumer les frais de la procédure sans devoir entamer les moyens qui lui sont nécessaires pour couvrir ses besoins personnels et ceux de sa famille, ATF 128 I 225 consid. 2.5.1.

¹⁸⁸⁴ Cette condition conventionnelle oblige les autorités internes à ne procéder à la nomination d'office que si les «intérêts de la justice» le demandent. Il y alors lieu de tenir compte notamment des chances de succès de la procédure et de l'enjeu du litige, à savoir notamment de l'aptitude du requérant à se défendre lui-même, de la gravité de la peine et de la nature du litige, VELU/ERGEC, pp. 498-499 ainsi que CourEDH, affaire Pham Hoang c. France, arrêt du 25 septembre 1995, § 39; CourEDH, affaire Hadjianastassiou c. Grèce, arrêt du 16 décembre 1992 § 36 et CourEDH, affaire Croissant c. Allemagne, arrêt du 25 septembre 1992, § 28.

¹⁸⁸⁵ CourEDH affaire Megyeri c. Allemagne, arrêt du 12 mai 1992, § 23 ainsi que CourEDH, affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002, § 57.

¹⁸⁸⁶ Art. 4 al. 3 *in fine* de la Recommandation N° R (83) 2 ainsi que l'Exposé des motifs, §§ 23-28.

¹⁸⁸⁷ La Convention ne garantit cependant à l'intéressé ni le droit de choisir son avocat commis d'office ni celui de pouvoir en changer après la désignation, CommEDH, req. 13572/88, Ostergren et al. c. Suède, DR 69, p. 198.

¹⁸⁸⁸ Art. 7 al. 2 et 20 de la Loi belge du 26 juin 1990.

¹⁸⁸⁹ Art. 16 al. 1 du Règlement genevois sur l'assistance juridique E 205.04 en relation avec l'art. 10 al. 5 de la Loi genevoise K 1 25. Au surplus, l'assistance judiciaire gratuite est accordée à

Une fois désigné, l'avocat, qu'il soit commis d'office ou non, doit fournir une assistance effective et adéquate¹⁸⁹⁰. L'Etat doit s'en assurer. Dans certaines circonstances, les autorités internes sont tenues de prendre «des mesures positives» visant à garantir «la jouissance effective» du droit à l'assistance judiciaire gratuite, car «la nomination d'un conseil n'assure pas à elle seule l'effectivité de l'assistance»¹⁸⁹¹.

Telle aurait sans doute été la conclusion de la Commission dans l'affaire *Merkier c. Belgique*¹⁸⁹² si un règlement amiable n'avait pas interrompu le *cur-sus* conventionnel au stade de la décision de recevabilité. Le requérant avait été mis à la disposition du gouvernement en raison d'un grave déséquilibre mental le rendant incapable du contrôle de ses actes. Sa requête de mise en liberté avait été rejetée. Le requérant contestait cette décision au motif que son droit d'être assisté efficacement par l'avocat commis d'office n'avait pas été respecté. En effet, il avait été interrogé en l'absence de ce dernier qui, par ailleurs, n'avait pas eu le temps nécessaire pour étudier le dossier et assurer valablement sa défense. La requête de renvoi de la cause, qui aurait permis à l'homme de loi de mieux se préparer, avait au surplus été rejetée¹⁸⁹³. D'après le règlement amiable, les autorités belges s'engageaient à faire réexaminer le cas par une Commission de défense sociale siégeant dans une composition nouvelle et en présence d'un avocat ayant eu le temps d'étudier le dossier¹⁸⁹⁴.

des conditions très strictes. La personne qui veut en bénéficier doit établir être indigente et l'assistance sera refusée pour des raisons d'économie de procédure si les prétentions ou les moyens invoqués sont manifestement mal fondés ou procéduralement inadmissibles ou pour une procédure et des démarches qu'un justiciable n'entreprendrait ni n'assumerait à ses propres frais, art. 2, 3 et 20 du Règlement E 205.04 précité. Pour un aperçu de la jurisprudence constitutionnelle suisse à cet égard, CORBOZ, pp. 69-71, 75-77 et 81-83.

¹⁸⁹⁰ Sur la notion «d'assistance adéquate» et la jurisprudence conventionnelle, notamment STAVROS, pp. 214-219. L'Observation générale N° 13 sur l'art. 14 Pacte II, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev. 1, du 24 juillet 1994, p. 19, rappelle que l'avocat doit pouvoir agir avec diligence et sans crainte en employant tous les moyens de défense existants.

¹⁸⁹¹ CourEDH, affaire *Daud c. Portugal*, arrêt du 21 avril 1998, § 38. Il est clair que l'Etat ne pourra être tenu pour responsable de toute défaillance d'un avocat d'office. Si celle-ci apparaît manifeste ou si les autorités nationales en sont suffisamment informées, elles sont tenues d'intervenir. Elles peuvent soit remplacer l'avocat, soit l'amener à accomplir son devoir, soit encore prendre d'autres mesures, comme l'ajournement du procès, afin qu'il puisse s'acquitter efficacement de sa tâche, CourEDH, affaire *Benham c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 juin 1996, §§ 61-64; CourEDH, affaire *Goddi c. Italie*, arrêt du 9 avril 1984, § 31; CourEDH, affaire *Artico c. Italie*, arrêt du 13 mai 1980, §§ 33 et 36 ainsi que les commentaires de VELU/ERGEC, pp. 499-500. Dans le même sens, CommEDH, req. 24667/94, *Maxime Frerot c. France*, DR 85-A, p. 103; CommEDH, req. 9022/80, *W. c. Suisse*, DR 33, p. 21; GROTIAN (2), p. 56 et SOYER/DE SALVIA, pp. 274-275.

¹⁸⁹² CommEDH, req. 11200/84, *Merkier c. Belgique*, DR 57, p. 38.

¹⁸⁹³ *Ibid.* Sur l'assistance inadéquate fournie par l'avocat commis d'office, voir également CommEDH, req. 25514/94, *Meckeberg c. Pays-Bas* et CommEDH, req. 13025/87, *Jean-Pierre Sterenski c. France*, DR 70, p. 145.

¹⁸⁹⁴ CommEDH, req. 11200/84, *Merkier c. Belgique*, DR 57, p. 38.

Dans la même optique, la Cour a conclu à la violation de l'art. 5 al. 4 CEDH dans l'affaire Magalhaes Pereira c. Portugal¹⁸⁹⁵, au motif que l'assistance de l'avocat commis d'office n'avait pas été effective, ce dernier n'étant pas intervenu à l'audience relative au maintien de l'internement du requérant. Après s'être référée à la jurisprudence Megyeri c. Allemagne en la confirmant, la Cour a indiqué que, lors de telles audiences, la présence de l'avocat est indispensable, compte tenu des questions de droit pouvant se poser¹⁸⁹⁶.

En résumé et au bénéfice de ce qui précède, le droit du malade mental d'être assisté de manière adéquate et effective d'un avocat, éventuellement commis d'office, fait l'unanimité au sein du Conseil de l'Europe et peut être considéré comme une des garanties procédurales indispensables pour le malade mental privé de liberté, délinquant ou non¹⁸⁹⁷. La jurisprudence conventionnelle a précisé et développé la portée de ce droit¹⁸⁹⁸. Il n'appartient pas au malade mental de demander expressément l'assistance légale; les autorités se doivent de contrôler que ledit malade bénéficie d'une telle assistance.

Pour que l'assistance légale soit efficace, l'avocat mandaté devrait pouvoir assumer les mêmes fonctions que le Projet DAES attribuait au «juriste qualifié et défenseur expérimenté» en charge d'assurer la défense d'un patient hospitalisé de force. Ces fonctions consistaient en: informer d'une manière générale le patient quant à ses droits personnels et juridiques, défendre la cause du patient conformément à la loi, produire les pièces établissant les faits de la cause et, en particulier, présenter ou demander un rapport médical d'un médecin indépendant ou tout autre élément de preuve, ainsi qu'étudier et évaluer tous les rapports et documents dont le tribunal est saisi, se tenir prêt à intervenir dans d'autres affaires devant d'autres tribunaux où la situation ou les intérêts du patient sont en cause, être, d'une manière générale, devant le tribunal et dans l'établissement psychiatrique, une présence juridique propre à éveiller le souci réel de la protection des droits personnels et juridiques du patient¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹⁵ CourEDH, affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002.

¹⁸⁹⁶ Ibid., § 61.

¹⁸⁹⁷ Dans ce sens, WACHENFELD, p. 185.

¹⁸⁹⁸ A l'origine, ce droit n'était consacré que par l'art. 4 al. 3 *in fine* de la Recommandation N° R (83) 2, qui prescrit que le malade mental a le droit d'être assisté d'un conseil ou d'une autre personne seulement s'il le demande ou si le juge l'exige opportun. Si la Recommandation 1235 (1994) ne traite pas de cette problématique, la Recommandation N° REC(2004)10 y consacre deux dispositions. L'art. 23 garantit au malade interné le droit de communiquer sans restrictions avec son avocat. L'art. 25 al. 3 du même texte exhorte les Etats membres à permettre au malade d'être assisté d'un avocat dans toutes les procédures de réexamen et de recours concernant la légalité de son placement. Cette même disposition prévoit le droit à l'assistance judiciaire gratuite.

¹⁸⁹⁹ Art. 19 let. a) et 20 du Projet DAES.

Enfin, nous relevons que sous l'impulsion internationale, le droit pour le malade mental d'être assisté d'un avocat se développe également sur le plan national. En sus des Etats dont les lois ont déjà été évoquées, c'est notamment le cas au Royaume-Uni¹⁹⁰⁰, en Hongrie¹⁹⁰¹, en Nouvelle-Zélande¹⁹⁰² ainsi qu'en Inde¹⁹⁰³.

Le droit d'accès à un tribunal, le droit d'être entendu et le droit d'être assisté par un avocat ne sont pas les seuls droits qui s'offrent au malade mental hospitalisé contre sa volonté. Il en existe d'autres, dont la portée grandit de jour en jour.

b) Les «autres» droits

Nous avons longuement traité des garanties fondamentales que la jurisprudence conventionnelle a érigées en noyau dur international des droits procéduraux du malade mental hospitalisé de force. Par définition minimaliste, ce noyau peut s'enrichir de manière fort disparate soit, virtuellement, par le biais d'une indulgence jurisprudentielle qui n'attend qu'à être exploitée ou bien, de manière tangible, au sein des ordres juridiques internes. Les autres droits procéduraux constituent ce «*melting pot*» juridique de difficile schématisation, mais pas pour autant de moindre valeur, qui représente le potentiel des garanties de demain. Ci-après, nous allons examiner en particulier le droit du malade mental de ne pas supporter le fardeau de la preuve de son état mental (1), le droit au conseiller accompagnant (2) et le droit au «huis clos» qui ont désormais une assise qui mérite que nous nous y attardions.

1) Le droit d'être présumé sain d'esprit

Le fardeau de la preuve de la légitimité de la décision d'hospitalisation ou de réintégration ne doit pas être à la charge du malade mental. En d'autres termes, celui-ci doit être présumé sain d'esprit et non dangereux.

¹⁹⁰⁰ L'art. 10 du Mental Health Review Tribunal Rules de 1983 reprend presque littéralement la teneur de l'art. 6 al. 3 let. c) CEDH.

¹⁹⁰¹ L'art. 35B al. 3 de la Loi de Hongrie N° 87 de 1994 prévoit qu'en l'absence du représentant légal ou du mandataire du malade mental durant la procédure, le tribunal doit désigner un conseil *ad hoc* chargé de défendre les intérêts de celui-ci.

¹⁹⁰² Art. 70 de la Loi de la Nouvelle-Zélande N° 46 du 15 juin 1992 telle que modifiée par la Loi N° 140 de 1999 qui consacre, sous le titre «Droit à un avis juridique», le droit de tout patient de demander l'avis d'un homme de loi sur son statut et ses droits en tant que patient ou sur toutes autres questions à propos desquelles un avis juridique est habituellement demandé. Cet homme de loi, s'il accepte d'agir pour le patient, doit être autorisé à voir le patient quand il l'exige.

¹⁹⁰³ Art. 91 de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

Un tel droit peut notamment être déduit de l'affaire Bock c. Allemagne¹⁹⁰⁴ relative à la durée, déraisonnable en l'espèce, d'une procédure de divorce. Le requérant, au passé psychiatrique d'internement, avait dû subir cinq expertises différentes afin d'établir sa capacité d'ester en justice. La Cour a ressenti le besoin d'affirmer qu'en principe, les juridictions nationales doivent partir du postulat qu'une personne ne souffre d'aucun trouble mental. Il ne leur incombe de déterminer dès que possible la capacité d'ester en justice de cette personne que s'il existe un doute sérieux sur ce point¹⁹⁰⁵.

Nous sommes conscients que la portée de cette jurisprudence ne doit pas être surestimée. En particulier son application, par analogie, aux procédures d'internement des malades mentaux ne nous paraît pas aisée¹⁹⁰⁶. En effet, la problématique en cause portait sur la capacité de discernement pour ester en justice.

La jurisprudence Bock c. Allemagne établit néanmoins que le fait d'être l'objet de doutes mal fondés sur son état de santé mentale peut constituer pour tout individu une atteinte grave à sa dignité humaine; et qu'en conséquence, une diligence spéciale s'impose lors de la prise en compte de l'état et de la capacité psychiques d'une personne¹⁹⁰⁷.

Une telle jurisprudence pourrait constituer le premier pas vers une consécration du principe selon lequel toute personne candidate à un placement forcé doit être présumée saine d'esprit – ou à tout le moins capable de discernement – et non dangereuse¹⁹⁰⁸, ce en se référant également au principe de la présomption d'innocence garanti à l'art. 6 al. 2 CEDH¹⁹⁰⁹.

Dans les ordres juridiques nationaux européens, la capacité de discernement est, sauf quelques rares exceptions¹⁹¹⁰, présumée également pour le malade mental, de sorte que l'hospitalisation forcée ne devrait pas entraîner *ipso facto* et *ipso jure* la mise sous tutelle dudit malade mental¹⁹¹¹.

¹⁹⁰⁴ CourEDH, affaire Bock c. Allemagne, arrêt du 29 mars 1989.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, § 47.

¹⁹⁰⁶ Dans ce sens, CommEDH, req. 6840/74, X c. Royaume-Uni, DR 10, p. 5, où la Commission avait affirmé que le principe de la présomption d'innocence n'était pas applicable à une procédure devant une commission psychiatrique appelée à donner un préavis sur le maintien en détention d'un malade mental.

¹⁹⁰⁷ CourEDH, affaire Bock c. Allemagne, arrêt du 29 mars 1989, §§ 48-49.

¹⁹⁰⁸ Dans ce sens, WACHENFELD, p. 212, ainsi que *supra*, II^e Partie, section C, sous-section c), par. 1.

¹⁹⁰⁹ VELU/ERGEC, pp. 469-474; SOYER/DE SALVIA, pp. 271-272; STAVROS, pp. 222-223; GROTIAN (2), pp. 45-49 et CourEDH, affaire Ringvold c. Norvège, arrêt du 11 février 2003, § 36.

¹⁹¹⁰ En Espagne, cependant, le malade mental qui doit être interné est présumé incapable, art. 202 et 211 du Titre IX du Code civil de 1983 ainsi que LOUZOUN, pp. 101-104.

¹⁹¹¹ Tel est notamment le cas en droit suisse, DESCHENAUX/STEINAUER, pp. 29-31, et en Lituanie, où l'art. 4 de la Loi du 6 juin 1995 prévoit qu'une personne atteinte de maladie mentale ne peut être déclarée incapable que sur décision judiciaire.

Par ailleurs, la Recommandation N° R (99) 4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, adoptée une dizaine d'années après l'affaire Bock précitée, abonde dans ce sens et rappelle qu'une mesure de protection quelle qu'elle soit ne doit «pas aboutir automatiquement à une restriction totale de la capacité juridique» de l'intéressé¹⁹¹².

Nonobstant ce texte conventionnel, la situation demeure pour l'instant fort décevante pour le malade mental. Les considérations suivantes sur l'application du principe de la présomption d'innocence au malade mental délinquant le confirment.

La Commission avait jugé que les décisions privatives de liberté basées sur le danger de récidive ne violaient pas la présomption d'innocence¹⁹¹³. Elle semblait être de l'avis que, dans la mesure où une présomption de «culpabilité» est réfragable et que l'accusé a le droit de se défendre, l'art. 6 al. 2 CEDH ne pouvait être violé¹⁹¹⁴. Elle avait toutefois précisé que les experts ne pouvaient pas émettre des avis sur la culpabilité de l'intéressé, sauf à commettre une violation de la Convention sous l'angle du droit à un procès équitable¹⁹¹⁵.

L'affaire Bernard c. France¹⁹¹⁶ illustre le danger, du point de vue de la présomption d'innocence, d'une expertise qui dépasserait les limites précitées. Cette affaire avait trait à une information judiciaire ouverte à l'encontre du requérant poursuivi pour vols à main armée. Deux expertises avaient été établies, dont l'une indiquait notamment que «[...] [le requérant] est un gangster. En effet, le déroulement des faits montre à la fois une opération très bien préparée et le travail d'une équipe chevronnée. L'ensemble de grande délinquance [du requérant] [...] peut être classé dans les actes de banditisme. [Le requérant] n'est pas un délinquant occasionnel mais un véritable professionnel. [Le requérant] ne sera jamais réadaptable, son appartenance au milieu du grand banditisme paraît irréversible. Il ne capitulera devant aucune condamnation, cherchera toujours à s'évader ou à renforcer ses relations criminelles en milieu pénitentiaire. Les récidives sont certaines, les antécédents le prouvent»¹⁹¹⁷.

La Cour, après avoir rappelé que la présomption d'innocence constitue un des éléments du procès équitable, a considéré que les experts avaient

¹⁹¹² Principe 3 de la Recommandation N° R (99) 4 ainsi que l'Exposé des motifs, § 35.

¹⁹¹³ CommEDH, req. 9176/80, du 15 octobre 1981; CommEDH, req. 8335/78, du 7 mai 1979 et CommEDH, req. 6840/74, DR 10, pp. 33-34.

¹⁹¹⁴ CommEDH, req. 25399/94, H. M. A. c. Espagne, DR 85-A, p. 117 et CommEDH, req. 28236/95, Bocos Rodriguez c. Espagne, DR 85-A, p. 141.

¹⁹¹⁵ CommEDH, Bernard c. France, avis du 22 octobre 1996, §§ 45-53.

¹⁹¹⁶ CourEDH, affaire Bernard c. France, arrêt du 23 avril 1998.

¹⁹¹⁷ Ibid., § 13.

accompli leur mission sans violer ledit principe, voire de manière conforme à la Convention. Ces experts avaient été mandatés pour évaluer si l'intéressé souffrait d'une quelconque anomalie mentale ou psychique et, dans l'affirmative, pour établir s'il existait un lien entre ces affections et les faits reprochés. Ils devaient également évaluer la dangerosité de l'intéressé. Dans ces conditions, la Cour a estimé que lesdits spécialistes devaient «en toute logique partir de l'hypothèse de travail selon laquelle le requérant était l'auteur des crimes à l'origine des poursuites»¹⁹¹⁸.

Nous regrettons la décision de la Cour, d'autant plus qu'elle a été prise à huit voix contre une. Nous partageons l'avis du Juge dissident LOHMUS, selon lequel les expressions utilisées outrepassaient dangereusement les limites de la terminologie médicale ou psychiatrique qui aurait convenu à une exécution impartiale du mandat d'expertise. Les experts étaient clairement allés au delà de leur compétence en se prononçant également sur la culpabilité du requérant¹⁹¹⁹. Dès lors, nous sommes d'avis qu'en l'espèce, le principe de la présomption d'innocence n'avait pas été respecté, et ce en dépit de la possibilité pour la défense de contester les rapports psychiatriques. En effet, même si d'autres éléments sont soumis à l'appréciation du juge du fond, le poids indéniable des expertises dans le jugement final ne doit pas être sous-estimé, ce que semblent faire en revanche les Juges strasbourgeois.

Tout aussi regrettable, même si conforme aux principes conventionnels susmentionnés, est la jurisprudence suisse selon laquelle le principe «*in dubio reo*» ne s'applique, pour le malade mental délinquant, ni à l'égard du pronostic de dangerosité ni, plus largement, au choix de la mesure de sûreté¹⁹²⁰.

Récemment, dans l'affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni¹⁹²¹, la Cour a jugé que le fait d'imposer au malade mental le fardeau de la preuve de l'irrégularité de sa détention violait l'art. 5 al. 4 CEDH¹⁹²². Cette dernière affaire entrouvre peut-être la porte à une application par analogie aux malades mentaux du principe de la présomption d'innocence prenant la forme de la présomption de santé mentale. Le principe selon lequel, d'une part, le doute doit profiter au malade mental et, d'autre part, sa dangerosité ainsi que ses troubles doivent être prouvés au-delà de tout doute raisonnable constitue le

¹⁹¹⁸ Ibid., § 38.

¹⁹¹⁹ Ibid., opinion dissidente du Juge LOHMUS.

¹⁹²⁰ ATF du 2 avril 2004 [6S.46/2004] en la cause W. G. c. canton Vaud, consid. 2.1.2; ATF 127 IV 1 consid. 2a; ATF 118 IV 108 consid. 2a, ainsi que supra, II^e Partie, section C, sous-section b), par. 2, i.b) et i.b.c). La maxime inquisitoire s'impose toutefois, ATF 130 III 734 consid. 2.

¹⁹²¹ CourEDH, affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni, arrêt du 20 février 2003.

¹⁹²² Ibid., §§ 68-73. Dans le même sens, CourEDH, affaire Johnson c. Royaume-Uni, arrêt du 24 octobre 1997, § 60 et CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 39, qui rappellent qu'il incombe toujours aux autorités nationales de démontrer que «le trouble mental est réel».

corollaire de cette présomption de santé mentale. L'application d'un tel corollaire nous semble encore bien lointaine.

Soulignons à ce propos qu'en Inde, le candidat à l'hospitalisation forcée est désigné de «personne présumée malade mentale»¹⁹²³. Cette présomption peut, à teneur de texte, être renversée si les règles du procès équitable sont respectées¹⁹²⁴.

En attendant la consécration conventionnelle du principe de la présomption de santé mentale à l'égard d'un candidat à l'hospitalisation, il convient de saluer la prolifération – dans les textes internationaux comme nationaux – d'une nouvelle figure juridique, appelée communément «conseiller accompagnant». Ce conseiller exerce son activité dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, comme en marge de celle-ci, et accomplit en même temps le travail du tuteur, de l'assistant social et de l'avocat¹⁹²⁵, sans toutefois les remplacer.

2) Le droit à un conseiller accompagnant

Le droit à un conseiller accompagnant trouve sa toute première consécration dans la Recommandation N° R (83) 2, qui prescrit qu'une autorité interne appropriée doit désigner une personne chargée d'assister le malade mental à décider de la possibilité ainsi que de l'opportunité d'introduire un recours à l'encontre de son hospitalisation¹⁹²⁶.

Ainsi que nous l'avons vu¹⁹²⁷, le but ne consiste guère à instaurer un filtre propre à empêcher le malade d'exercer son droit de recours juridictionnel. Il vise plutôt à le conseiller. Il prend en compte, d'une part, qu'en raison de son état de santé ou du traitement administré, le malade mental n'est pas toujours en mesure de comprendre comme de défendre ses intérêts et, d'autre part, que les proches parents ou les personnes qui le représentent légalement peuvent avoir un intérêt au placement allant à l'encontre du sien¹⁹²⁸. Les

¹⁹²³ L'expression de «personne présumée malade mentale» est omniprésente dans la Partie III (art. 20 à 36) de la Loi de l'Inde N° 14 du 22 mai 1987.

¹⁹²⁴ Ibid. L'art. 22 al. 6 prévoit notamment qu'il appartient au magistrat de déterminer si la personne présumée malade mentale est mentalement malade au point qu'il est nécessaire de la détenir dans un hôpital psychiatrique dans l'intérêt de la santé et de la sécurité personnelle de ladite personne ou pour la protection d'autrui.

¹⁹²⁵ L'art. 1B al. 4 de la Loi genevoise K 1 25 précise que la fonction du conseiller accompagnant ne se confond ni avec celle du tuteur, du curateur ou du représentant légal, ni avec celle de l'avocat éventuellement mandaté.

¹⁹²⁶ Art. 4 al. 2 troisième phrase de la Recommandation N° (83) R.

¹⁹²⁷ Supra, III^e Partie, section B, sous-section a), par. 1.

¹⁹²⁸ Exposé des motifs sur la Recommandation N° (83) R, §§ 19-20.

qualités dont cette personne doit être pourvue ne sont pas très détaillées et couvrent en même temps le domaine social et juridique. Cette personne ne doit pas nécessairement bénéficier d'une formation juridique, elle peut même être une autorité et être désignée pour assister un patient déterminé ou bien recevoir la compétence générale d'assister tous les patients dans un territoire déterminé¹⁹²⁹.

La Recommandation 1235 (1994) a élargi le domaine d'intervention de ce qu'elle qualifie de «conseiller indépendant de l'institution». Ce conseiller «doit être accessible aux patients sans aucune entrave», en relation avec les «questions épineuses concernant le traitement»¹⁹³⁰.

La Recommandation N° REC(2004)10 a agrandi encore plus le champ d'action de cette «personne de confiance [...] qui contribue à défendre les intérêts» du malade et qui peut lui apporter «un appui moral» dans toutes les situations où ce malade se sent vulnérable¹⁹³¹.

Les Principes des Nations Unies sont muets à cet égard. Le projet DAES prévoyait un droit, pour tout malade mental, à la nomination d'un tuteur qualifié lorsque la protection de son bien-être et de ses intérêts l'exigeait¹⁹³². Une telle nomination faisait toutefois songer à une véritable procédure de mise sous tutelle du malade incapable de discernement et ne pouvait, en aucun cas, être assimilée à la désignation d'un conseiller doté d'une compétence généralement consultative afin de permettre au malade mental d'obtenir le meilleur parti possible de ses droits.

Les Dix Principes de l'OMS remédient au silence des textes universels et proclament le droit à «l'assistance dans l'exercice de l'autodétermination». Ils expliquent que le malade mental, en raison de son manque de connaissances générales, d'aptitudes linguistiques et de capacité due à son état, peut éprouver des difficultés à évaluer les conséquences d'une décision. Ainsi, ledit malade doit pouvoir «bénéficier de l'assistance d'un tiers informé de son choix». Pour concrétiser ce droit, plusieurs solutions sont proposées. Il s'agit de la nomination d'«assistants» au bénéfice d'une formation de juriste ou d'assistant social, de la mise en place de structures prodiguant une assistance aux patients atteints de trouble mentaux par le biais de médiateurs ou de comités de patients ou, enfin, de la création, sous le contrôle de l'Etat, d'un Bureau des

¹⁹²⁹ Ibid., p. 17.

¹⁹³⁰ Art. 7 par. ii) let. e) de la Recommandation 1235 (1994).

¹⁹³¹ Art. 2 al. 3 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, § 30. Il incombe au droit interne de désigner cette personne de confiance qui pourra être indifféremment un membre de la famille, un avocat ou un conseiller désigné par une autorité.

¹⁹³² Art. 29 du Projet DAES.

¹⁹³³ Principe 6 des Dix Principes de l'OMS.

représentants des patients atteints de maladie mentale offrant des services juridiques ainsi que l'assistance d'un médiateur¹⁹³³.

Comme conséquence, voire même en parallèle des textes internationaux, le principe de la reconnaissance d'un défenseur des droits du patient psychiatrique n'a pas tardé à apparaître dans les législations nationales. Malgré les particularités propres à chaque texte de loi, des éléments communs indéniables se dégagent. La désignation d'une seule personne chargée de s'occuper d'un patient déterminé semble être la solution ayant obtenu l'accueil le plus favorable. D'une manière générale, cette personne est qualifiée de défenseur du malade¹⁹³⁴, de conseiller accompagnant¹⁹³⁵, de conseiller en matière de droits¹⁹³⁶, de conseiller auprès des malades¹⁹³⁷ ou de personnes-contact en faveur des personnes atteintes de troubles mentaux¹⁹³⁸.

La Fédération de Russie fait preuve d'une approche plus institutionnalisée. L'Etat est chargé de créer un service indépendant des organismes de santé publique œuvrant à la protection des droits de patients se trouvant en hôpital psychiatrique. Les représentants de ce service ont pour mission de défendre les patients et de recueillir leurs plaintes et demandes¹⁹³⁹.

En Finlande, le législateur a choisi de nommer un «médiateur de patient» pour un ou plusieurs services d'un établissement de santé, y compris le service psychiatrique¹⁹⁴⁰. A Genève, notamment, il existe des listes officielles de conseillers accompagnants, professionnellement qualifiés, qui doivent être agréés par l'exécutif du canton. Chaque établissement d'accueil peut également conclure des conventions déterminant les modalités de l'activité de l'accompagnement; ces conventions sont, elles aussi, soumises à l'approbation du Conseil d'Etat¹⁹⁴¹. En Autriche, le Président du tribunal d'arrondissement

¹⁹³⁴ Art. 6 de la Loi d'Autriche du 1^{er} mars 1990 ainsi que le Règlement de la Province d'Alberta (Canada) N° 310/89 du 14 décembre 1989 relatif au défenseur du malade. Les art. 48-69 et 24 al. 2 et 3 de la Loi relative à la santé mentale de la Province d'Alberta (Canada) faisaient référence aux «conseils des hôpitaux psychiatriques». Cette terminologie n'est vraisemblablement pas très heureuse, pouvant sous-entendre que le conseil défende les intérêts de l'hôpital et non pas du malade mental.

¹⁹³⁵ Art. 1B de la Loi genevoise K 1 25.

¹⁹³⁶ Art. 38 al. 3 de la Loi de l'Ontario (Canada) sur la santé mentale.

¹⁹³⁷ Arrêté danois N° 615 du 20 septembre 1989 relatif aux conseillers auprès des malades et Arrêté danois N° 207 du 12 avril 2002 relatif aux défenseurs des patients.

¹⁹³⁸ Lignes directrices du Danemark N° 139 du 28 août 1996 du Ministère des Affaires sociales relatives au système de soutien et de personnes-contact en faveur des personnes atteintes de troubles mentaux.

¹⁹³⁹ Art. 38 de la Loi de la Fédération de Russie du 2 juillet 1992. Le titre en marge est le suivant: «Service de protection des droits des patients se trouvant en hôpital psychiatrique».

¹⁹⁴⁰ Art. 11 de la Loi de Finlande du 17 août 1992 relative au statut et aux droits des patients.

¹⁹⁴¹ Art. 1B al. 2 et 3 de la Loi genevoise K 1 25.

nomme à l'avance un ou plusieurs défenseurs pour les patients d'un établissement psychiatrique déterminé¹⁹⁴².

Quoi qu'il en soit, la dénomination ainsi que la nature institutionnelle ou personnelle du défenseur du malade ne sont pas déterminantes. C'est le rôle grandissant que cette figure est en train d'occuper au sein des hôpitaux psychiatriques qui compte¹⁹⁴³. Partant, son autonomie se développe de façon essentielle et se concrétise par une garantie d'indépendance à l'égard des établissements de soins et un élargissement de son spectre d'action. Le champ d'activité du défenseur du malade doit être aussi large que possible afin que les intérêts du patient soient protégés au mieux.

Aujourd'hui, une limitation de ses compétences à un domaine juridique bien précis – notamment à l'assistance dans la détermination de l'opportunité de déposer un recours ou d'accepter un traitement tel que cela était prévu par la Recommandation N° R (83)2 – ne saurait plus se justifier.

Cela nonobstant, certaines législations internes circonscrivent encore le champ d'action du défenseur du patient.

En Autriche, par exemple, le défenseur du malade doit l'aider lors de la procédure de recours comme à préserver ses droits¹⁹⁴⁴. Au Danemark, les conseillers auprès des patients ont en particulier pour mission de veiller à ce que le recours à la contrainte ne soit pas prolongé au delà de ce qui est nécessaire¹⁹⁴⁵. Au Royaume-Uni, le Chef de l'établissement psychiatrique doit désigner un membre du staff pour assister personnellement le patient qui le souhaite et qui veut déposer un recours¹⁹⁴⁶.

D'autres législations, plus avant-gardistes, recourent à des formules très générales et plus adaptées au rôle du conseiller accompagnant.

Au Canada, notamment, le défenseur du malade peut agir suite à une plainte de ce dernier ou mener d'office une enquête sur le respect des divers droits du malade¹⁹⁴⁷. En Finlande, la loi prévoit que le médiateur doit veiller d'une façon générale à ce que les droits du malade mental soient observés et respectés¹⁹⁴⁸. A Genève, la compétence des conseillers accompagnants ne connaît en principe pas de limites; leur activité n'a toutefois aucune consé-

¹⁹⁴² Art. 13 de Loi d'Autriche N° 155 du 1^{er} mars 1990.

¹⁹⁴³ Nous en voulons pour preuve que, comme nous venons de le voir, le Danemark et la Province d'Alberta (Canada) ont ajouté aux lois sur l'internement psychiatrique deux textes spéciaux pour mieux réglementer cette figure socio-juridique.

¹⁹⁴⁴ Art. 33 à 39, *ibid.*

¹⁹⁴⁵ Art. 9 à 14 de l'Arrêté danois N° 615 du 20 septembre 1989.

¹⁹⁴⁶ Code of Practice, p. 52.

¹⁹⁴⁷ Art. 4 du Règlement de la Province d'Alberta (Canada) N° 310/89 du 14 décembre 1989.

¹⁹⁴⁸ Art. 11 de la Loi de Finlande du 17 août 1992.

quence «juridique» puisque, à teneur de texte, le choix de recourir ou non à un conseiller accompagnant, sa présence ou son absence lors d'un acte de procédure déterminé ne créent aucun droit et aucun devoir pour les parties concernées et n'affectent aucunement la validité dudit acte¹⁹⁴⁹.

Relevons enfin, qu'il est indispensable que le malade mental puisse choisir son conseiller accompagnant¹⁹⁵⁰.

Un dernier droit, qui ne peut être oublié et qui permet au malade mental de protéger sa vie privée, est le droit de demander que les débats aient lieu à huis clos.

3) Le droit au «huis clos»

Dans un souci de protection optimale de la condition du malade mental hospitalisé, les Principes des Nations Unies prévoient la possibilité et l'opportunité de demander le huis clos ainsi que de décider de la publication intégrale ou partielle de la décision. Il est en effet superflu de rappeler la stigmatisation qui peut encore aujourd'hui résulter d'une procédure d'internement forcé¹⁹⁵¹.

A cet égard, le TF a indiqué que l'art. 5 al. 4 CEDH n'exigeait pas que l'audience sur le contrôle juridictionnel de la privation de liberté à des fins d'assistance soit publique¹⁹⁵².

Lors de la prise de décision, il doit, bien entendu, être tenu compte des souhaits du malade mental, de la nécessité de respecter la vie privée du patient et d'autres personnes, de l'intérêt public relatif à la transparence dans l'administration de la justice, de la nécessité d'empêcher qu'un préjudice grave ne soit causé à l'état de santé du patient et de l'impératif d'éviter de compromettre la sécurité d'autrui¹⁹⁵³.

En bref, la protection du malade mental passe également par la garantie d'une série de droits de procédure. Certains sont plus essentiels que d'autres, mais tous sont utiles à la défense de la cause du patient psychique. Quelles que soient les raisons du placement forcé, le malade mental doit pouvoir avoir accès à un tribunal qui statue en respectant le principe du procès équitable et du contradictoire. Le fardeau de la preuve de l'état de santé mentale de

¹⁹⁴⁹ Art. 1B al. 1 et 5 de la Loi genevoise K 1 25.

¹⁹⁵⁰ Art. 1B al. 1 de la Loi genevoise K 1 25. L'al. 6 de cette disposition, cependant, limite d'une certaine manière ce droit en permettant aux autorités administratives ou judiciaires de refuser la présence du conseiller accompagnant choisi par le malade mental si ledit conseiller ne figure pas sur la liste agréée par l'exécutif cantonal.

¹⁹⁵¹ Principe 18 al. 7 et 8 des Principes des Nations Unies.

¹⁹⁵² ATF 114 Ia 182 consid. 3c et 3d.

¹⁹⁵³ Principe 18 al. 7 et 8 des Principes des Nations Unies.

l'intéressé appartient aux autorités, qui doivent permettre à celui-ci de participer de manière adéquate à la procédure. Notons que l'état psychique du malade mental, ou son manque de connaissances juridiques, ne le dispense pas de respecter les règles de forme comme de fond¹⁹⁵⁴. Ainsi, dans ses démarches judiciaires, le malade mental doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat, éventuellement nommé d'office, et/ou d'un conseiller accompagnant. Tous ces droits risqueraient fort de demeurer lettre morte si le malade mental n'était pas conscient de son hospitalisation et s'il n'était pas informé de leur existence.

c) Le droit d'être informé

Toute personne faisant l'objet d'une mesure d'hospitalisation forcée a le droit d'être informée sur les raisons à la base de cette dernière ainsi que sur les droits qui en découlent¹⁹⁵⁵. Malgré son rôle clé dans la protection du malade mental hospitalisé, nous traitons de ce droit presque à la fin de notre étude, afin que sa portée puisse être pleinement appréciée. Les considérations qui précèdent, en particulier sur la jouissance du droit de recourir et des droits qui en découlent, seraient relativement dénuées de sens si une information adéquate n'était pas garantie au malade mental.

Le droit du malade mental d'être informé remplit un double rôle: d'une part, il s'agit d'un droit procédural à part entière, que les autorités internes doivent garantir et, d'autre part, il constitue la condition indispensable à l'exercice effectif des autres droits, pas uniquement procéduraux, que le malade mental doit pouvoir exercer.

Le malade mental est le titulaire principal du droit d'être informé. Cependant, notamment pour le patient gravement atteint, l'avocat ou le représentant légal pourront recevoir valablement l'information qui devra leur être transmise. Dans l'idéal, une information sommaire devra être communiquée au malade mental et les détails fournis aux personnes dûment mandatées.

L'information que le patient psychique doit recevoir porte essentiellement sur l'hospitalisation involontaire et les raisons l'ayant motivée (1) ainsi que sur les droits qui en découlent (2).

¹⁹⁵⁴ CommEDH, req. 6840/74, DR 10, p. 35; CommEDH, req. 8850/80, DR 22, p. 232 et CommEDH, req. 18578/91, A. B. c. France.

¹⁹⁵⁵ Déjà lors des travaux préparatoires de la Loi suisse sur la privation de liberté à des fins d'assistance actuellement en vigueur, le Conseil fédéral avait attiré l'attention sur le fait que cette loi allait toucher des personnes, notamment les malades psychiques, ayant besoin d'une protection particulière et ignorant souvent les voies de droit. Ainsi, sans être informées de manière systématique de l'existence et de la portée de ces voies de droits, de nombreuses personnes n'allaient pas en faire usage, FF 1977 36.

1) Sur l'hospitalisation

Le droit du malade mental d'être informé sur l'hospitalisation involontaire et les raisons l'ayant motivée a été consacré lors de l'affaire Van der Leer c. Pays-Bas (i). Depuis, sa portée n'a cessé d'évoluer. Les modalités de transmission de l'information donnée au malade mental sont fondamentales afin de garantir que ladite information a été adéquate et effective (ii). Le droit d'obtenir une décision motivée est le corollaire du droit d'être informé (iii).

i) La jurisprudence Van der Leer c. Pays-Bas et la consécration du droit du malade mental d'être informé sur son hospitalisation

En vertu de l'art. 5 al. 2 CEDH, le malade mental doit être mis au courant qu'il fait l'objet d'une mesure d'hospitalisation forcée, qu'il s'agisse de sa première hospitalisation ou non. Une telle démarche semble aller de soi, mais sa concrétisation s'est avérée être plus complexe.

L'affaire Van der Leer c. Pays-Bas¹⁹⁵⁶ constitue la consécration jurisprudentielle de la garantie par l'art. 5 al. 2 CEDH du droit du malade mental d'être informé immédiatement de son internement et des raisons le fondant¹⁹⁵⁷. Une telle consécration a pris un certain temps.

Avant le 21 février 1990, date de l'arrêt précité, il était communément admis que la Convention ne garantissait pas au malade mental le droit d'être informé quant aux tenants et aboutissants de la décision d'enfermement. Le texte de l'art. 5 al. 2 CEDH semblait s'appliquer exclusivement aux procédures pénales. Cette disposition précisait que toute personne «arrêtée» devait être mise au courant des raisons de son «arrestation» ainsi que de toute «accusation» portée à son encontre. La terminologie employée relevait du domaine répressif de la sanction pénale et non de celui administratif de l'hospitalisation forcée. Une telle lacune se devait d'être comblée¹⁹⁵⁸.

L'amorce d'une évolution à cet effet avait déjà eu lieu en 1980, à l'occasion de l'affaire X c. Royaume-Uni¹⁹⁵⁹. Dans cette affaire, en présence d'un requérant délinquant malade mental qui avait été réinterné après une période de

¹⁹⁵⁶ CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990.

¹⁹⁵⁷ GILLARDIN, p. 416. Cet auteur affirme sans hésitation que depuis l'arrêt Van der Leer c. Pays-Bas l'obligation d'informer l'aliéné, non seulement au sujet de la décision d'enfermement le concernant mais aussi des raisons d'une telle décision, constitue un nouvel approfondissement de la notion de «détention régulière d'un aliéné» telle que définie à l'occasion de la jurisprudence Winterwerp c. Pays-Bas.

¹⁹⁵⁸ Ibid.

¹⁹⁵⁹ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981.

libération conditionnelle sans recevoir une information adéquate, la Commission avait conclu à l'unanimité à la violation de l'art. 5 al. 2 CEDH. Elle soutenait que cette disposition devait s'appliquer à tous les cas de détention régis par l'al. 1 de l'art. 5 CEDH. Aucune raison ne justifiait que les malades mentaux soient considérés comme une exception¹⁹⁶⁰.

Malheureusement, la Cour n'avait pas partagé la thèse de la Commission. Gênée, elle avait néanmoins adopté une position de compromis, en faisant référence au principe d'effectivité de la garantie du recours juridictionnel. Elle avait constaté ainsi que «quiconque» doit avoir la possibilité d'introduire un recours à l'encontre de sa détention et qu'il importe évidemment, pour ce faire, de lui révéler les faits et les règles juridiques invoquées à l'appui de sa privation de liberté¹⁹⁶¹.

D'après GILLARDIN, le terme «quiconque», employé par la Cour à l'occasion de l'affaire précitée, était suffisamment général pour conclure qu'il visait également les aliénés privés de liberté¹⁹⁶².

La question de la portée de la jurisprudence X c. Royaume-Uni peut néanmoins rester incisée, puisque l'arrêt Van der Leer c. Pays-Bas a effacé toute ambiguïté et consacré de manière explicite l'applicabilité de l'art. 5 al. 2 CEDH aux malades mentaux, que ces derniers soient délinquants ou non¹⁹⁶³. Pour ceux qui verraient là une assimilation indue du malade mental à une personne détenue sur la base du droit pénal, la Cour a rappelé que les termes de la Convention doivent être interprétés de manière autonome, en particulier conformément à l'objet et au but de la disposition en cause. Ainsi, lorsque l'art. 5 al. 2 CEDH fait référence à «toute accusation», ce n'est pas la formulation d'une condition à son applicabilité, mais la désignation d'une éventualité qu'il prend en compte¹⁹⁶⁴.

Aujourd'hui, il est incontesté que l'obligation d'informer le malade mental de la privation de liberté et des raisons qui la motivent constitue un principe général découlant de l'hypothèse originale, de ressort du domaine pénal, contenue à l'art. 5 al. 2 CEDH¹⁹⁶⁵.

¹⁹⁶⁰ CommEDH, affaire X c. Royaume-Uni, avis du 16 juillet 1980, §§ 105-106, confirmant d'ailleurs une décision fort ancienne, CommEDH, req. 4141/71, X c. Belgique, Rec. 43, pp. 18-19.

¹⁹⁶¹ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, §§ 64-66.

¹⁹⁶² GILLARDIN, p. 415.

¹⁹⁶³ L'art. 9 al. 2 Pacte II a la même portée, Observation générale N° 8 sur l'art. 9 Pacte II, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.1, du 24 juillet 1994, p. 11 ainsi que NOWAK (I), pp. 174-175. Il devrait en aller de même pour l'art. 7 al. 4 CADH.

¹⁹⁶⁴ CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990, § 27.

¹⁹⁶⁵ Dans ce sens GILLARDIN, p. 416; DE GOUTTES, pp. 206-207 ainsi que ATF 118 II 254 consid. 5.

Par ailleurs, au vu du «lien étroit» entre les al. 2 et 4 de l'art. 5 CEDH¹⁹⁶⁶, le défaut d'information du malade mental lors de la décision d'hospitalisation ou de réintégration pourrait entraîner l'absence d'incorporation du contrôle judiciaire¹⁹⁶⁷. C'est en tout cas ce que GILLARDIN semble suggérer¹⁹⁶⁸. Les considérants de l'arrêt Van der Leer c. Pays-Bas précité ne permettent pas de trancher car le contrôle de la légalité de l'al. 4 de l'art. 5 CEDH n'était de toute façon pas incorporé, au motif que le juge n'avait pas entendu la requérante avant d'autoriser l'internement¹⁹⁶⁹.

Quoi qu'il en soit, ce lien étroit ne devrait pas justifier l'absorption du grief de la violation du devoir d'information par celui de l'absence d'un contrôle juridictionnel efficace, comme a fait la Cour – à notre avis à tort – dans l'affaire X c. Royaume Uni¹⁹⁷⁰. Cette démarche avait par ailleurs été critiquée par la Commission à l'occasion de l'affaire Van der Leer c. Pays-Bas¹⁹⁷¹. Elle avait affirmé qu'«il est absolument impératif qu'une personne privée de sa liberté en soit informée et cet impératif a pour finalité non seulement de permettre à l'intéressé de contester la légalité de la privation de liberté mais également, d'une manière générale, de lui faire prendre conscience d'une modification importante de son statut»¹⁹⁷². La garantie de l'art. 5 al. 2 CEDH doit conserver son indépendance et autonomie¹⁹⁷³.

Les modalités de transmission de l'information restent fondamentales pour garantir au malade mental une jouissance adéquate du droit d'être informé.

ii) *Les modalités de transmission de l'information*

La manière dont l'information est donnée au malade mental est fondamentale. Il convient de déterminer quand ledit malade a le droit d'être informé (ii.a),

¹⁹⁶⁶ CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990, § 28 ainsi que CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 66.

¹⁹⁶⁷ Supra, III^e Partie, section A, sous-section c), par. 1, i) et ii).

¹⁹⁶⁸ Dans ce sens GILLARDIN, p. 416.

¹⁹⁶⁹ CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990, § 23.

¹⁹⁷⁰ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 66.

¹⁹⁷¹ CommEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, avis du 18 juillet 1988.

¹⁹⁷² Ibid., §§ 106-107. *Contra* cependant CommEDH, affaire Keus c. Pays-Bas, avis du 4 octobre 1989, §§ 51-52, où la Commission avait conclu à l'unanimité qu'il était, exceptionnellement, raisonnable que le prétendu défaut d'information soit absorbé par la question plus large qui se posait dans le cadre de l'art. 5 al. 4 CEDH et avait constaté la violation de cette disposition.

¹⁹⁷³ Dans ce sens CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, opinion dissidente du Juge EVRIGENIS. Ce dernier a affirmé qu'en sus de la possibilité pour le détenu de préparer sa défense en justice prévue par l'al. 4 de l'art. 5 CEDH, l'art. 5 al. 2 CEDH consacrait une sorte de confiance légitime dans les rapports entre les individus et les autorités publiques. Il s'agit en d'autres termes d'un droit autonome qui n'est pas subsidiaire à celui prévu par l'al. 4 de l'art. 5 CEDH.

le genre d'information qu'il doit recevoir (ii.b) et la forme que celle-ci doit assumer (ii.c). Enfin, l'information doit être intelligible (ii.d).

ii.a) Le moment de l'information

A titre préliminaire, il convient de réitérer que l'information du malade mental sur son hospitalisation n'est jamais inutile et ce, à plus forte raison, quand la réalité de la privation de liberté¹⁹⁷⁴ ne ressort pas clairement des circonstances de fait¹⁹⁷⁵. Tel est notamment le cas d'un patient se trouvant déjà à l'hôpital et dont la situation *de facto* ne change pas¹⁹⁷⁶. L'affaire Van der Leer c. Pays-Bas¹⁹⁷⁷ illustre parfaitement ce cas, puisque la requérante ignorait que son admission, au départ volontaire, avait été transformée en internement forcé. Elle n'en avait eu connaissance que par hasard à l'occasion de son placement en isolement. La Cour a ainsi conclu à une violation de la Convention, en particulier de l'art. 5 al. 2 CEDH¹⁹⁷⁸.

D'une manière plus générale, l'obligation d'informer le malade mental s'impose à l'occasion de la première hospitalisation. Ensuite, le malade mental ne jouit pas d'un droit d'être constamment informé. Notons néanmoins que la Recommandation N° REC(2004)10 prévoit que l'information doit être «régulière»¹⁹⁷⁹.

Selon la jurisprudence conventionnelle, le droit à l'information renaît à chaque réintégration à l'hôpital, mais uniquement «après une assez longue période de libération»¹⁹⁸⁰. Un tel système est compréhensible, puisque les motifs et les faits à l'origine de la révocation d'une libération conditionnelle, voire d'une libération tout court – particulièrement en cas d'une libération de longue durée –, peuvent ne pas être identiques à ceux ayant justifié la première décision d'hospitalisation.

Cela étant, faire dépendre le droit du malade mental d'être informé de la durée de la période de liberté dont il a bénéficié crée une insécurité juridique regrettable. Tout malade mental réintégré devrait être automatiquement

¹⁹⁷⁴ Le droit d'être informé implique qu'au préalable une privation de liberté au sens de l'art. 5 al. 1 CEDH soit établie, CommEDH, req. 24722/94, Léon Guenat c. Suisse, DR 81A, p. 134, ainsi que supra II^e Partie, section B, sous-section b).

¹⁹⁷⁵ CommEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, avis du 18 juillet 1988, § 105.

¹⁹⁷⁶ CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990, § 31 *in fine*.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁹⁷⁸ *Ibid.*, § 25 ainsi que CommEDH, req. 18657/91, G. J. et al. c. France, §§ 54-61 où la Commission a conclu à la violation de l'art. 5 al. 2 CEDH au motif que les requérants n'avaient pas été informés de la transformation de leur placement volontaire en placement forcé.

¹⁹⁷⁹ Art. 22 al. 2 de la Recommandation N° REC(2004)10.

¹⁹⁸⁰ CommEDH, affaire X c. Royaume-Uni, avis du 16 juillet 1980, § 105.

informé des raisons et des faits motivant la décision¹⁹⁸¹, le but premier, sans être unique, d'une telle information consistant à lui permettre le dépôt d'un recours visant à contester la légalité de sa détention¹⁹⁸².

De ce qui précède, il découle, à notre avis, que le malade mental doit être dûment informé, à tout le moins, chaque fois qu'il bénéficie du droit de recours, et ce indépendamment du temps que le malade mental a passé en liberté et/ou de son intention réelle de former un recours. A cet égard, au Royaume-Uni, la loi prévoit que le patient doit être rendu attentif au fait que son hospitalisation est sujette à renouvellement, dont les raisons doivent à chaque fois lui être expliquées¹⁹⁸³.

Que ce soit à l'occasion de la première hospitalisation ou d'une décision de réintégration, selon la lettre de l'art. 5 CEDH, l'information doit être fournie dans un bref délai¹⁹⁸⁴. Depuis l'arrêt Van der Leer c. Pays-Bas, la Cour exige que le malade mental soit informé dans le plus court délai possible¹⁹⁸⁵. La Commission était auparavant plus exigeante, précisant que les autorités chargées de transmettre l'information devaient s'acquitter «promptement» («promptly») de cette obligation, c'est-à-dire au plus tard à l'arrivée du malade mental à l'hôpital¹⁹⁸⁶. La Recommandation N° REC(2004)10 utilise le terme de «rapidement»¹⁹⁸⁷. Les Principes des Nations Unies, quant à eux, stipulent

¹⁹⁸¹ Dans ce sens, CommEDH, req. 4141/71, Rec. Vol. 43, p. 19, qui affirme que le devoir d'information existe concernant la révocation d'une libération conditionnelle ou la décision de réintégration d'un malade mental et ce sans aucune référence à la durée de la période de liberté.

¹⁹⁸² Le lien étroit entre les al. 2 et 4 de l'art. 5 CEDH a été souligné par la Cour: «quiconque a le droit d'introduire un recours en vue d'une décision rapide sur la légalité de sa détention ne peut s'en prévaloir efficacement si l'on ne lui révèle pas, dans le plus court délai et à un degré suffisant, les raisons pour lesquelles on l'a privé de liberté», CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990, § 28 ainsi que CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 66. Cette opinion était partagée par la Commission qui avait affirmé que le but de l'art. 5 al. 2 CEDH consiste à «informer convenablement la personne des raisons de sa privation de liberté afin qu'elle puisse en apprécier la régularité et prendre des mesures pour la contester si elle le juge bon, en se prévalant ainsi du droit que lui garantit l'art. 5 al. 4», CommEDH, affaire X c. Royaume-Uni, avis du 16 juillet 1980, § 104. Voir également, VELU/ERGEC, p. 283 ainsi que TRECHSEL (5), p. 315, qui rappelle le lien entre le droit d'être informé et le droit de déposer un recours pour déterminer la teneur de l'information devant être fournie, en indiquant que cette information doit être suffisamment précise pour permettre à l'intéressé de pouvoir contester de manière efficace la détention.

¹⁹⁸³ Code of Practice, p. 51.

¹⁹⁸⁴ CourEDH, affaire Cõnka c. Belgique, arrêt du 5 février 2002, § 50.

¹⁹⁸⁵ CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990, § 64 ainsi que MURDOCH (2), p. 36; MACOVEI, pp. 52-53 et DE GOUTTES, pp. 207-208.

¹⁹⁸⁶ CommEDH, affaire X c. Royaume-Uni, avis du 16 juillet 1980, § 107. En principe, les organes conventionnels sont réticents à imposer des délais stricts. Par le passé, la Commission avait accepté des délais de cinq heures, de plus de trente-cinq heures et même de deux jours, CommEDH, req. 8828/79, X c. Danemark, DR 30, p. 93; CommEDH, req. 4502/70, X c. Belgique, Rec. Vol. 30, p. 90 et CommEDH, req. 8582/79, Skoogström c. Suède. Pour une critique, TRECHSEL (5), p. 317.

¹⁹⁸⁷ Art. 22 al. 1 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, § 165.

que les raisons du placement doivent être communiqués «sans retard» au patient et «sans délai»¹⁹⁸⁸ à l'organe de révision¹⁹⁸⁹, au représentant personnel du patient et, sauf objection du patient, à la famille de ce dernier¹⁹⁹⁰. Il devrait en aller de même en cas de réintégration lors de la libération conditionnelle, quand bien même cette hypothèse n'est pas prévue.

Les différences terminologiques précitées n'ont pas de conséquences pratiques déterminantes. Le principe demeure que le malade mental, et avec lui son avocat¹⁹⁹¹, doit être informé au plus vite, en tenant compte également des circonstances du cas d'espèce, des raisons de sa détention.

La jurisprudence *Keus c. Pays-Bas*¹⁹⁹² enseigne, notamment, que si le malade mental est en fuite, l'art. 5 al. 2 CEDH n'oblige pas les autorités à contacter l'avocat de ce dernier pour l'avertir de l'entrée en force de la décision de prolongation de l'hospitalisation. La Cour a estimé à l'unanimité que l'information avait été fournie conformément aux exigences conventionnelles, à savoir au plus tard lors du retour du malade à l'hôpital. Une telle conclusion était en grande partie justifiée par le fait que le requérant avait pris contact avec l'établissement psychiatrique douze jours après le prononcé de la décision litigieuse et trois jours avant sa réintégration et qu'il avait été dûment informé¹⁹⁹³. La conclusion de la Cour aurait peut-être été différente si un laps de temps plus long s'était écoulé entre l'issue de la procédure et le jour où l'intéressé avait pris connaissance du résultat de ladite procédure. Nous sommes toutefois d'avis que si le malade mental bénéficie d'une assistance légale, les autorités doivent notifier à l'avocat la décision motivée de prolongation de l'hospitalisation même si l'intéressé est en fuite. L'absence d'une telle notification revient à «punir» de manière arbitraire le malade mental du fait de son état de liberté et à ne pas donner l'information promptement.

Le choix du moment de la communication de l'information dépend également des personnes qui sont le mieux indiquées pour s'acquitter d'un tel

¹⁹⁸⁸ L'utilisation de deux expressions différentes – sans retard et sans délai – semble suggérer que le patient devra être informé en premier.

¹⁹⁸⁹ Notons qu'en France, l'art. L.332-4 de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990 prévoit que la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques doit être informée de toute hospitalisation survenue sans le consentement du malade. Bien qu'elle ne soit pas un organe de révision proprement dit, elle examine la situation des personnes hospitalisées, saisit en tant que besoin le Préfet ou le Procureur de la République de la situation de ces personnes et peut proposer au tribunal compétent la sortie immédiate du malade mental. En Suisse, il avait été envisagé d'informer le juge de tous les séjours forcés d'une certaine durée en application de l'art. 397e CCS. Une telle option a cependant été abandonnée. Sauf à se contenter d'un contrôle de routine illusoire et inefficace, il aurait fallu assurer un contrôle minutieux de toutes les communications, ce qui aurait occasionné un notable surcroît de travail, FF 1977 37.

¹⁹⁹⁰ Principe 16 al. 2 des Principes des Nations Unies.

¹⁹⁹¹ Art. 22 al. 3 de la Recommandation N° REC(2004)10.

¹⁹⁹² CourEDH, affaire *Keus c. Pays-bas*, arrêt du 25 octobre 1990.

¹⁹⁹³ *Ibid.*, §§ 21-22.

devoir. La Commission relevait qu'eu égard aux difficultés spécifiques posées par certains malades mentaux, ce n'est pas le rôle des policiers d'informer le malade mental sur les raisons détaillées de son arrestation ou de sa réintégration. Les policiers ne sont pas en mesure d'apprécier l'état mental du malade ni l'aptitude de ce dernier à comprendre la situation. Il incombe plutôt aux médecins, idéalement au chef de l'établissement médical, d'assumer cette charge¹⁹⁹⁴. C'est aussi à eux de déterminer si, sous un angle purement thérapeutique, le malade mental peut recevoir et comprendre l'intégralité de l'information où s'il est recommandé de ne communiquer cette information, respectivement certains détails, qu'à un représentant dûment mandaté (tuteur/curateur ou avocat)¹⁹⁹⁵. En effet, comme le rappelait en son temps la Commission, «nul ne saurait se soustraire à l'obligation d'informer au motif que le malade mental est incapable ou hors d'état de recevoir l'information»¹⁹⁹⁶.

Les solutions nationales sont très variées.

Au Royaume-Uni, notamment, la loi précise que la personne chargée de fournir l'information est choisie au sein du personnel hospitalier en fonction de la relation qu'elle entretient avec le patient. Par ailleurs, le Chef de clinique doit s'assurer que ce personnel connaît le type d'information qui doit être transmise et qu'il possède une formation suffisante ainsi que l'aptitude pour remplir cette mission¹⁹⁹⁷.

Aux Pays-Bas, la loi règle le droit du malade mental d'être informé de manière détaillée et prévoit que la direction d'un hôpital psychiatrique doit veiller à ce que tout patient placé d'office, de même que le conjoint du patient, son représentant légal et ses proches soient informés, aussi tôt que possible, une fois l'intéressé hospitalisé¹⁹⁹⁸. La personne responsable du traitement doit également s'assurer que la situation soit expliquée oralement au patient¹⁹⁹⁹.

Dans la Province d'Ontario au Canada, le médecin traitant qui remplit le certificat d'admission ou le certificat de renouvellement doit, à la fois, délivrer

¹⁹⁹⁴ CommEDH, affaire Keus c. Pays-Bas, avis du 4 octobre 1989, §§ 51-52.

¹⁹⁹⁵ Sur cette problématique et en général, MANAĪ (1), pp. 1129-1134 et MANAĪ (3), pp. 63-70. Cet auteur met l'accent sur l'importance d'une «information individualisée».

¹⁹⁹⁶ CommEDH, affaire X c. Royaume-Uni, avis du 16 juillet 1980, § 106. Dans cette affaire, le Gouvernement soutenait que, lors de son arrivé à l'hôpital, le requérant était dans un état de rancune, de perturbation et d'hallucination. Il n'était manifestement pas en mesure de comprendre les explications qui lui avaient été données par le médecin responsable. La Commission n'avait pas voulu trancher cette question et avait concentré son examen sur la constatation d'une violation de l'art. 5 al. 2 CEDH, plus particulièrement sur le manque d'information des avocats de l'intéressé.

¹⁹⁹⁷ Le Chef de clinique a même le devoir et est responsable de contrôler que l'information a été transmise dans les règles de l'art et que le patient l'a bien comprise, Code of Practice, pp. 49-50.

¹⁹⁹⁸ Art. 36 de la Loi des Pays-Bas de 1992.

¹⁹⁹⁹ Art. 37, *ibid.*

«promptement» un avis écrit au malade mental ainsi qu'aviser, également «promptement», un conseiller dans le domaine juridique. Cet avis écrit doit contenir les raisons de la détention, souligner le droit du malade mental à requérir une audience devant l'organe de contrôle juridictionnel ainsi que le droit de requérir les services d'un avocat et de le mandater²⁰⁰⁰.

Au Venezuela, la législation nous laisse perplexe, principalement s'agissant de l'exigence temporelle. Le patient doit être informé par le médecin traitant, en des termes compréhensibles par lui, entre autres sur le traitement et le pronostic. Cette information doit être communiquée à un moment que le médecin juge raisonnable mais, dans tous les cas, avant la sortie du patient²⁰⁰¹.

Les développements qui précèdent nous amènent à présent à traiter de l'épineuse question du contenu de l'information qui doit être donnée au malade mental.

ii.b) Le contenu de l'information

Il convient de distinguer les informations communiquées au tout début de l'hospitalisation et celles qui le sont par la suite, éventuellement en vue ou dans le cadre d'une procédure de recours.

S'agissant du premier cas, c'est-à-dire au tout début de l'hospitalisation et en l'absence d'une procédure juridictionnelle, une certaine généralité dans le contenu de l'information est admise²⁰⁰². Cela est justifié puisque la garantie consacrée à l'art. 5 al. 2 CEDH est moins stricte que celle prévue à l'art. 6 al. 3 let. a) CEDH²⁰⁰³. De plus, l'étendue de l'information visée par l'art. 5 al. 2 CEDH varie en fonction des circonstances concrètes²⁰⁰⁴. Il n'est pas nécessaire

²⁰⁰⁰ Art. 38 al. 1 et 2 de la Loi de l'Ontario (Canada) sur la santé mentale.

²⁰⁰¹ Art. 9 de la Résolution du Venezuela N° SG-1985 du 19 mai 1995. Le parent ou le représentant du patient doit toutefois, dès l'admission de ce dernier, être mis au courant du diagnostic et du traitement (art. 8).

²⁰⁰² Parfois, il suffit que l'inculpé puisse inférer les charges retenues contre lui du contenu de l'interrogatoire ou que le juge d'instruction indique à l'inculpé «vous êtes prévenu d'un tel délit». Une telle jurisprudence a été critiquée par la doctrine, VELU/ERGECE, pp. 284-285, avec la jurisprudence et les références citées.

²⁰⁰³ CommEDH, req. N° 343/57, Ann. Conv., Vol. II, p. 462 ainsi que DE GOUTTES, p. 209-210. L'art. 6 al. 3 let. a) CEDH exige que l'information fournie à l'inculpé soit détaillée et vise à la fois la nature et la cause de l'accusation. Par nature, il faut entendre les faits matériels à la charge de l'inculpé tandis que la cause de l'accusation concerne la qualification juridique des faits matériels. En d'autres termes, tout élément utile, de fait ou de droit, doit manifestement être communiqué à l'accusé, VELU/ERGECE, p. 485; SOYER/DE SALVIA, p. 273 et GROTIAN (2), p. 50.

²⁰⁰⁴ CourEDH, affaire Cõnka c. Belgique, arrêt du 5 février 2002, § 50; CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 64 ainsi que CommEDH, affaire X c. Royaume-Uni, avis du 16 juillet 1980, § 106.

de communiquer à l'intéressé tous les éléments militant pour la privation de liberté; le fondement juridique de cette privation de liberté ainsi que les faits essentiels pertinents pour la légalité de la décision²⁰⁰⁵ doivent néanmoins être expliqués.

Dans un premier temps, il est en effet suffisant d'indiquer au malade mental la base légale sur laquelle se fonde son hospitalisation ou sa réintégration ainsi que les raisons pour lesquelles il est considéré comme dangereux. La remise d'une copie de la décision de placement ou de réintégration constituerait une solution adéquate²⁰⁰⁶. Une déclaration aussi vague que celle précisant que son état «inspire des soucis» ne saurait être considérée comme conforme à la Convention²⁰⁰⁷.

Par la suite, l'information communiquée devra être plus précise en particulier quant aux motifs justifiant la mesure, notamment si le malade mental le requiert ou souhaite déposer un recours.

A titre d'exemple, dans l'affaire X c. Royaume-Uni²⁰⁰⁸, il est fait état d'une circulaire ministérielle adoptée à la fin 1980 – aujourd'hui devenue un article de la loi²⁰⁰⁹ – ayant pour but d'assurer l'information du malade mental en deux étapes en cas de réintégration. Dans un premier temps, la personne qui soigne le malade mental doit lui communiquer, en utilisant des termes simples, qu'il doit retourner à l'hôpital et qu'il recevra ultérieurement des explications complémentaires. Ensuite, le plus tôt possible après son arrivée ou au maximum dans les soixante-douze heures, le malade mental doit recevoir un compte rendu détaillé des raisons de sa réintégration²⁰¹⁰.

Il va de soi que l'étendue des détails, principalement ceux concernant le diagnostic médical, devant être communiqués au malade mental dépendra toujours de l'aptitude de ce dernier à les recevoir ou à les comprendre. Il est en effet parfaitement justifié de cacher des informations au malade s'il y a des raisons sérieuses de penser qu'il pourrait réagir de manière dangereuse ou encore que l'information irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par l'internement en l'effrayant au point de nuire à la thérapie future²⁰¹¹.

A cet égard, le TF, en présence d'une décision cantonale de prolongation de l'internement très sommairement motivée, a jugé qu'il existe un motif légitime de ne pas perturber le malade mental et de ne pas compromettre le

²⁰⁰⁵ CourEDH, affaire Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, arrêt du 30 août 1990, § 40.

²⁰⁰⁶ Dans ce sens, CommEDH, req. 18657/91, G. J. et al. c. France, § 57.

²⁰⁰⁷ CommEDH, affaire X c. Royaume-Uni, avis du 16 juillet 1980, § 111.

²⁰⁰⁸ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981.

²⁰⁰⁹ Art. 132 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni ainsi que Code of Practice, pp. 48-52.

²⁰¹⁰ CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, § 16.

²⁰¹¹ CommEDH, affaire X c. Royaume-Uni, avis du 16 juillet 1980, § 106.

traitement en cours qui justifie de diminuer les exigences de motivation. Selon notre Cour suprême, on se trouve aux confins du droit et de la médecine: «si l'on devait adresser à une personne atteinte d'affection mentale un exposé détaillé de son état et de ses chances de guérison, il n'est pas exclu que de telles explications soient médicalement contre-indiquées»²⁰¹².

Si, pour des raisons thérapeutiques notamment, le malade mental ne peut pas recevoir l'information qui le concerne, les détails nécessaires doivent être fournis aux personnes qui représentent ses intérêts, à sa famille, à son avocat ou à son tuteur notamment²⁰¹³.

A cet égard, en Autriche, le législateur a prévu que le chef de service doit informer le patient des raisons du placement et avertir son défenseur ainsi que, sauf en cas d'opposition du patient, un parent²⁰¹⁴. L'information de toute personne proche de l'intéressé est également garantie en droit suisse, puisque cette personne peut solliciter un contrôle juridictionnel et, à ces fins, doit être informée des motifs justifiant la privation de liberté. Cette information ne doit toutefois être fournie que dans la mesure où cela ne porte pas atteinte aux droits individuels de l'intéressé²⁰¹⁵.

La forme dans laquelle l'information doit être donnée a aussi son importance.

ii.c) La forme de l'information

S'agissant de la forme de l'information, aucune exigence particulière n'est requise, notamment pas la forme écrite²⁰¹⁶. La preuve qu'une information orale pertinente sur les raisons de l'hospitalisation a bel et bien été fournie au malade mental peut alors se révéler difficile à apporter.

Dans l'affaire *G. G. c. France*²⁰¹⁷, le requérant soutenait que le Gouvernement était dans l'impossibilité de prouver l'avoir informé de manière conforme à la Convention. Il indiquait en effet que le dossier ne comportait qu'une attestation du docteur certifiant avoir bien informé oralement l'intéressé ainsi qu'une lettre du directeur du centre hospitalier confirmant les dires du médecin. La Commission avait déclaré la requête manifestement mal fondée, rien ne permettant de douter du contenu des documents susmentionnés²⁰¹⁸.

²⁰¹² ATF 122 IV 8 consid. 2c.

²⁰¹³ Ibid. Dans ce sens, également, «Livres blancs», par. 4 point 5 et 6 ainsi que l'Exposé des motifs de la Recommandation N° REC(2004)10, § 54.

²⁰¹⁴ Art. 10 de la Loi fédérale d'Autriche N° 155 du 1^{er} mars 1990.

²⁰¹⁵ Art. 397d al. 1 CCS ainsi que FF 1977 36.

²⁰¹⁶ CommEDH, req. 1211/61, Ann. Conv., Vol. V, p. 228; CommEDH, req. 1802/62, Ann. Conv., Vol. VI, p. 480 et CommEDH; req. 2621/65, Ann. Conv., Vol. IX, p. 482.

²⁰¹⁷ CommEDH, req.19869/92, *G. G. c. France*.

²⁰¹⁸ Ibid.

La Commission avait également déduit de la demande du requérant d'obtenir le «texte de la motivation» de la décision de placement et non pas «les raisons de son hospitalisation», qu'il avait déjà été suffisamment informé²⁰¹⁹. Il est peu aisé de saisir cette distinction, qui ne mérite pas non plus que nous nous y attardions.

La décision de la Commission ne nous paraît pas prêter le flanc à la critique. Il suffit juste de relever qu'un critère pragmatique semble diriger la jurisprudence conventionnelle: si le requérant introduit dans les délais un recours pour contester de la légalité de l'hospitalisation, il est présumé avoir été informé de manière suffisante.

D'une manière générale, les législateurs nationaux demeurent partisans d'une information efficace, pour le surplus écrite.

La toute nouvelle Recommandation N° REC(2004)10 incite d'ailleurs les autorités à utiliser les forme écrite, si possible en complément de l'information orale²⁰²⁰.

Au Royaume-Uni, le droit prévoit que l'information doit être fournie par écrit, à tout le moins au plus proche parent du patient et enregistrée. Cet enregistrement doit faire état de l'ensemble des détails ayant été communiqués, des diverses tentatives accomplies pour ce faire, des réactions du patient et d'une évaluation de ce que le malade mental a compris à chaque étape de la procédure. S'agissant des malades présentant des handicaps visuels, l'information doit être fournie en langage braille ou sur une cassette²⁰²¹. En Suisse, l'information doit également être donnée sous forme écrite²⁰²². Dans la Province d'Alberta au Canada, la loi prévoit que le malade mental admis et son plus proche parent doivent être informés en des termes simples du motif de l'admission ainsi que de la délivrance de certificats de prolongation. La loi dispose également qu'ils doivent recevoir un document justifiant la détention en indiquant la durée²⁰²³. Le Danemark régleme dans une loi *ad hoc* les modalités de l'information pour les patients concernant les mesures de placement d'office²⁰²⁴.

Qu'elle soit orale ou écrite, l'information doit être intelligible.

²⁰¹⁹ Ibid.

²⁰²⁰ Art. 22 al. 1 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, § 53.

²⁰²¹ Code of Practice, pp. 49-50.

²⁰²² Art. 397e CCS. Le Message souligne qu'en dehors de la procédure judiciaire les motifs peuvent également être indiqués oralement mais qu'alors il y a lieu de faire ressortir les raisons impératives pour lesquelles la personne est privée de liberté, FF 1977 36.

²⁰²³ Art. 24 de la Loi de la Province d'Alberta (Canada) relative à la santé mentale.

²⁰²⁴ Art. 1^{er} de l'Arrêté danois N° 614 du 20 septembre 1990.

ii.d) L'intelligibilité de l'information

Le caractère intelligible de l'information s'impose du texte même de l'art. 5 al. 2 CEDH, qui indique que toute personne doit être informée «dans une langue qu'elle comprend».

Cette exigence, dans un premier temps du moins, se concrétise par le droit à l'assistance gratuite d'un interprète²⁰²⁵. Au Royaume-Uni, par exemple, la présence d'un interprète est, selon les circonstances, obligatoire²⁰²⁶. La même garantie est assurée dans la Province d'Alberta au Canada²⁰²⁷. En Russie, la loi prévoit que le patient doit être informé des motifs comme des buts de son placement en hôpital psychiatrique dans une langue qu'il maîtrise²⁰²⁸.

A cet égard, la Cour a ajouté que le langage utilisé doit être «simple et accessible»²⁰²⁹ car l'information doit être effective. Cela constitue une obligation claire à la charge des autorités médicales de vulgariser la terminologie psychiatrique de manière à ce que son contenu apparaisse clair et compréhensible.

Le «Livre blanc» rappelle que «l'information» du patient, de la famille, d'autres personnes proches du patient et/ou de son représentant légal doit être communiquée «d'une manière appropriée», c'est-à-dire de façon à permettre aux intéressés de la comprendre²⁰³⁰. La Recommandation N°REC(2004)10 reprend le même concept²⁰³¹ alors que les Principes des Nations Unies, plus classiques, affirment que le patient doit recevoir l'information dans une forme et dans un langage qu'il peut comprendre²⁰³².

En guise de résumé des propos qui précèdent, rappelons encore que le projet DAES avait donné un poids considérable au droit du malade mental à l'information. Ce droit était traité sous le titre évocateur de «notification préalable». A teneur du texte, le malade aurait eu le droit d'être informé, avant que la procédure de placement n'aboutisse, de la tenue de l'audience au cours de laquelle son cas serait examiné par le tribunal. Cette information aurait dû être rédigée dans une langue qu'il comprenait, dû préciser les dates et le lieu de l'audience, les nom et adresse de l'avocat du patient, les critères

²⁰²⁵ DE GOUTTES, p. 210 ainsi que VELU/ERGE, pp. 286-287 et 484-485 et les références citées.

²⁰²⁶ Code of Practice, p. 50.

²⁰²⁷ Art. 24 al. 2 de la Loi de la Province d'Alberta (Canada) relative à la santé mentale.

²⁰²⁸ Art. 37 al. 1 de la Loi de la Fédération de Russie du 2 juillet 1992.

²⁰²⁹ CourEDH, affaire Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, arrêt du 30 août 1990, § 40 et CommEDH, req. 18657/91, G. J. et al. c. France, § 58.

²⁰³⁰ «Livre blanc», par. 4, point 5 et 6.

²⁰³¹ Art. 22 al. 2 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, §§ 51-55 et 165-167.

²⁰³² Principe 18 al. 2 des Principes des Nations Unies.

juridiques et médicaux en vertu desquels il aurait pu être interné, les droits qui auraient été les siens en vertu de la loi avant et pendant l'audience, les motifs et les faits précis qui allaient être invoqués pour justifier l'internement ainsi que les noms, professions, et adresses de toutes les personnes qui allaient témoigner en faveur ou en défaveur de l'hospitalisation²⁰³³.

Il convient maintenant, *last but not least*, de traiter du droit du malade mental d'obtenir une décision motivée.

iii) Le droit d'obtenir une décision motivée

Le droit d'obtenir une décision motivée constitue le corollaire du droit du malade mental d'être informé sur son hospitalisation où sa réintégration ainsi que des raisons qui la motivent.

Au sein du Conseil de l'Europe, l'embryon d'une telle garantie pourrait aisément résulter de l'art. 5 al. 2 CEDH, en liaison avec l'art. 5 al. 4 CEDH. En effet, ainsi que nous l'avons vu²⁰³⁴, la possibilité pour l'intéressé de contester efficacement la privation de liberté constitue un des buts de l'art. 5 al. 2 CEDH alors que l'obligation de motivation des jugements fait partie intégrante du droit à un procès équitable qui imprègne l'art. 5 al. 4 CEDH²⁰³⁵. Une motivation lacunaire serait à cet égard insuffisante et donc non conforme à la Convention.

Ainsi, les textes doivent prévoir la notification au malade mental de la motivation en fait et en droit du jugement, respectivement, de la décision sur l'hospitalisation, ce non seulement lors de la décision d'hospitalisation ou de réintégration mais également à l'issue de tout contrôle juridictionnel. Cela signifie, en d'autres termes, que la transmission de l'information pourrait avoir lieu en deux temps et être de deux natures différentes, c'est-à-dire relativement sommaire lors de la privation de liberté physique et complémentaire à la remise de la décision motivée de confirmation.

Les Principes des Nations Unies indiquent à cet égard que la décision qui sera prise à l'issue de l'audience et les raisons qui la motivent seront indiquées par écrit et que des copies seront transmises au patient, à son représentant personnel et à son conseil²⁰³⁶. Le Projet DAES imposait déjà au tribunal

²⁰³³ Art. 18 du Projet DAES.

²⁰³⁴ Supra, III^e Partie, section B, sous-section c) par. 1, i).

²⁰³⁵ Dans ce sens VELU/ERGEC, pp. 418-420 et la jurisprudence citée. Pour l'instant, les organes conventionnels n'ont pas encore eu l'occasion d'appliquer cette exigence de l'art. 6 CEDH également à la procédure juridictionnelle de l'art. 5 al. 4 CEDH relative à une hospitalisation forcée. Il n'en demeure pas moins que la motivation constitue un élément de transparence de la justice et est, en tant que tel, inhérent à tout acte juridictionnel, FAWCETT, p. 159.

²⁰³⁶ Principe 18 al. 8 des Principes des Nations Unies.

de rendre sa décision par écrit, en indiquant les conclusions et les raisons la motivant; des copies certifiées conformes devaient être adressées au patient, à son avocat ou à son représentant légal²⁰³⁷. A noter que dans la version définitive des Principes le «ou» a été remplacé par «et», ce qui procède d'un choix délibéré dans un but de meilleure protection.

Les droits internes s'inscrivent dans cette ligne de pensée. En Belgique, la loi de 1990 prévoit que le jugement doit être motivé et circonstancié et, une fois rendu, doit être notifié directement à l'intéressé par le greffier²⁰³⁸. En France, les préfets doivent motiver leurs arrêtés d'hospitalisation en énonçant avec précision les circonstances ayant rendu nécessaire la mesure²⁰³⁹.

Il est aisé d'objecter que la tentative de déduire de la Convention le droit à un jugement motivé informant le malade mental des raisons de son internement ou de sa réintégration est en réalité un faux problème. En effet, dans un Etat de droit respectant les exigences de Strasbourg, toute juridiction saisie rend une décision motivée qui doit être transmise aux parties et/ou à leurs avocats. Toutefois, la privation de liberté à des fins d'hospitalisation possède un caractère *sui generis*. Il n'est pas rare, ainsi que nous l'avons vu, que les organes chargés du contrôle juridictionnel, du moins en première instance, ne soient pas des tribunaux au sens traditionnel du terme et, par conséquent, ne soient pas astreints à motiver, ou à suffisamment motiver, leurs décisions. De surcroît, l'obligation de rendre une décision circonstanciée et détaillée ne s'impose pas à toutes les procédures administratives.

La jurisprudence suisse nous permet d'illustrer par un exemple concret un tel risque.

Rappelons tout d'abord qu'en droit suisse, l'obligation de motiver une décision afin que l'intéressé puisse la comprendre, respectivement, l'attaquer utilement et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle, a été déduite du droit d'être entendu garanti par la Constitution fédérale²⁰⁴⁰. Pour que ces exigences soit satisfaites, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs à la base de son raisonnement et sur lesquels elle a fondé sa décision²⁰⁴¹.

²⁰³⁷ Art. 21 du Projet DAES.

²⁰³⁸ Art. 8 al. 1 et 2 de la Loi belge du 26 juin 1990. Notons que, tant la Loi belge du 18 juin 1850, que la Loi française de 1838, ne prévoyaient rien.

²⁰³⁹ Art. L.342 al. 1 *in fine*, de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990 ainsi que CommEDH, req. 18578/91, A. B. c. France, où l'arrêté préfectoral avait été annulé par le tribunal administratif au motif qu'il ne comportait pas l'énoncé des circonstances ayant rendu le placement d'office nécessaire et que le certificat médical n'était pas annexé.

²⁰⁴⁰ Art. 29 Cst., anciennement art. 4 Cst.

²⁰⁴¹ ATF 122 IV 8 consid. 2c; ATF 121 I 54 consid. 2c; ATF 117 Ia 1 consid. 3a; ATF 117 Ib 64 consid. 4; ATF 116 II 625 consid. 4d; ATF 114 Ia 233 consid. 2d; ATF 112 Ia 107 consid. 2b ainsi que ATF du 23 juin 2004 [IP.321/2004] en la cause H. F. c. canton Thurgovie, consid. 2.

Dans l'affaire F. c. Conseil de surveillance psychiatrique du canton de Genève²⁰⁴², un malade mental délinquant irresponsable et interné avait demandé sa libération. Le Conseil de surveillance psychiatrique avait rejeté sa requête, au motif que «les conditions d'une levée de la mesure n'étaient pas réunies, particulièrement la notion de guérison». Cette motivation a été considérée comme suffisante par le TF puisque le requérant avait pu argumenter de manière adéquate les griefs à l'appui de son recours en démontrant ainsi qu'il avait suffisamment compris la portée de la décision de l'autorité²⁰⁴³. Nous croyons que la motivation litigieuse ne pouvait être considérée comme adéquate. Le TF a néanmoins constaté que cette motivation se situait à la limite de l'admissible²⁰⁴⁴, mais qu'elle était justifiée par des raisons thérapeutiques.

En résumant nos propos, depuis l'affaire Van der Leer c. Pays-Bas et en vertu de l'art. 5 al. 2 CEDH, le malade mental doit être informé de la réalité de son hospitalisation ou de sa réintégration et des raisons sur lesquelles elles se fondent. Ce droit est autonome, quand bien même il est dans les faits lié à l'exercice effectif du droit de recours juridictionnel garanti par l'art. 5 al. 4 CEDH. Il incombe aux médecins d'informer le malade au plus tard lors de son arrivée à l'hôpital. Une information sommaire peut être justifiée par des exigences thérapeutiques, le représentant du patient devant toutefois se voir communiquer les détails. Le droit d'être informé va de pair avec le droit d'obtenir un jugement circonstancié sur les motifs de son placement.

Afin que soit instauré un rempart effectif contre une hospitalisation arbitraire, le malade mental doit également être informé des droits dont il dispose pendant sa privation de liberté.

2) Sur l'ensemble des droits garantis

Le droit du malade mental hospitalisé d'être informé sur l'ensemble de ses droits, procéduraux comme matériels, ne trouve pas son origine dans une disposition conventionnelle spécifique. Il découle du principe qui veut que la protection des garanties conventionnelles soit effective, à savoir que tout doit être mis en œuvre afin que celles-ci soient réelles et concrètes²⁰⁴⁵. Il serait vain de prévoir dans les textes que le patient jouit du droit de recours, du droit de contrôle juridictionnel ainsi que d'un certain nombre de garanties procédurales, si ce patient n'est pas informé de leur existence et de leur portée. La

²⁰⁴² ATF 122 IV 8.

²⁰⁴³ ATF 122 IV 8 consid. 2c.

²⁰⁴⁴ Ibid.

²⁰⁴⁵ CourEDH, affaire Artico c. Italie, arrêt du 13 mai 1980, § 33 et CourEDH, affaire Airey c. Irlande, arrêt du 9 octobre 1979, § 24.

connaissance de ses droits constitue la condition *sine qua non* afin d'être en mesure de les faire valoir efficacement. Actuellement, de tels droits vont bien au delà du droit au recours.

Au sein du Conseil de l'Europe, la Recommandation N° R (83) 2 prévoit que le patient doit être informé de la possibilité de recourir contre la décision initiale de placement ou contre la décision confirmant cette dernière²⁰⁴⁶. La Recommandation 1235 (1994) impose qu'un véritable code des droits du malade mental soit porté à la connaissance de ce dernier à son entrée dans l'établissement psychiatrique²⁰⁴⁷. La Recommandation N° REC(2004)10 rappelle enfin que le malade mental doit être informé «individuellement» de tous ses droits ainsi que de son droit d'avoir accès à une personne ou à une instance, compétente et indépendante, habilitée à l'assister, le cas échéant, dans la compréhension et l'exercice de ces droits²⁰⁴⁸.

Les Principes des Nations Unies sont sur la même longueur d'onde puisqu'ils contiennent un principe spécifique intitulé «notification des droits» selon lequel tout patient doit être informé, dès son admission dans un service de santé mentale, sous une forme et dans un langage qu'il peut comprendre, de «tous ses droits». Cette information devra être assortie d'une explication de la portée de ces droits ainsi que des moyens de les exercer²⁰⁴⁹. Parallèlement à l'information ponctuelle du malade mental, les Dix Principes de l'OMS préconisent également l'information du grand public et des professionnels par le biais de la diffusion d'instruments juridiques pertinents, par exemple à travers la publication de guides²⁰⁵⁰.

Les textes nationaux sont fort disparates. Certains mettent l'accent sur quelques garanties considérées comme particulièrement importantes.

C'est notamment le cas au Royaume-Uni, où le malade mental doit être en particulier informé de son droit de recourir, de l'activité de la Commission de santé mentale comme des jours prévus pour visiter l'établissement, de l'exercice de son droit d'être entendu lors de la prolongation de la détention et, d'une manière générale, de toute information qui pourrait l'aider dans le choix d'un avocat²⁰⁵¹. Dans la Province d'Alberta au Canada, la loi prévoit que le malade mental doit être informé de son droit de faire recours s'il souhaite obtenir l'annulation des certificats d'admission et de prolongation de son

²⁰⁴⁶ Art. 4 al. 3 de la Recommandation N° R (83) 2 du Conseil de l'Europe. L'Exposé des motifs sous-entend que l'information est nécessaire afin que le recours soit effectif, §§ 25-27.

²⁰⁴⁷ Art. 7 par. i) let. d) de la Recommandation 1235 (1994).

²⁰⁴⁸ Art. 6 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, §§ 51-54.

²⁰⁴⁹ Principe 12 des Principes des Nations Unies. Dans le Projet DAES, le soin de communiquer au patient ses droits était laissé à l'avocat, art. 20 let. a) du Projet DAES.

²⁰⁵⁰ Principe 10 des Dix Principes de l'OMS, p. 595.

²⁰⁵¹ Code of Practice, pp. 51-52.

internement²⁰⁵². Il appartient au «défenseur du malade» de contrôler la manière dont se déroule la procédure d'information²⁰⁵³. A Hong-Kong, la loi prescrit que le malade mental doit être informé des droits à sa disposition, d'une part, pour recourir contre sa détention et, d'autre part, pour demander sa libération²⁰⁵⁴. En Autriche, le Chef de service de l'établissement psychiatrique doit informer le requérant de la possibilité de faire appel et d'être représenté par un «défenseur de patients»²⁰⁵⁵. En Norvège, le patient doit être informé de son droit de recourir contre l'hospitalisation et le traitement médical imposé²⁰⁵⁶. En Suisse, le droit fédéral prévoit que le malade mental doit être informé de son droit de faire recours²⁰⁵⁷. Il incombe aux cantons d'indiquer les voies de recours, c'est-à-dire de désigner l'autorité de recours compétente et de préciser le délai et la forme dans lesquels le recours doit être déposé²⁰⁵⁸.

La tendance législative actuelle, concrétisée notamment dans les législations plus récentes, est toutefois à la codification d'une clause générale consacrant le droit du malade mental d'être informé de tous ses droits, procéduraux et matériels. C'est notamment le cas aux Pays-Bas²⁰⁵⁹, en France²⁰⁶⁰, en Israël²⁰⁶¹ et en Russie²⁰⁶².

La législation de la Nouvelle-Zélande mérite d'être citée à part puisqu'elle opte pour un mélange, à notre sens, bien équilibré. Elle prévoit une clause générale qui est renforcée par une liste exemplative. Une disposition intitulée «Droits généraux à l'information» dispose en effet que tout patient doit être tenu informé de ses droits. L'expression «tenu informé» suggère que l'information devra être actualisée régulièrement pendant toute la durée de la détention. La liste, quant à elle, indique que le patient sera également mis au courant notamment de son statut juridique, de son droit au recours et au contrôle juridictionnel, de son droit à un deuxième degré de juridiction, de son droit de demander l'ouverture d'une instruction, de toute mesure prise

²⁰⁵² Art. 24 al. 1 let. d), de la Loi de la Province d'Alberta (Canada) relative à la santé mentale.

²⁰⁵³ Règlement N° 310/89 de la Province d'Alberta (Canada) du 14 décembre 1989 relatif au défendeur du malade.

²⁰⁵⁴ Art. 68A de l'Ordonnance de Hong-Kong N° 46 du 23 juin 1988.

²⁰⁵⁵ Art. 6 al. 3 de la Loi d'Autriche N° 155 du 1^{er} mars 1990.

²⁰⁵⁶ Art. 5 de la Loi de Norvège N° 62 du 2 juillet 1999.

²⁰⁵⁷ Art. 397e al. 1 CCS.

²⁰⁵⁸ FF 1977 37.

²⁰⁵⁹ Art. 37 de la Loi du Pays-Bas du 29 octobre 1992.

²⁰⁶⁰ Art. L.326.3 al. 2 deuxième phrase de la Loi française N° 90-527 du 27 juin 1990. Le patient n'est toutefois informé de sa situation juridique et de ses droits *que s'il en fait demande* [c'est nous qui soulignons].

²⁰⁶¹ Art. 35 let. f) de la Loi d'Israël N° 5751 de 1991.

²⁰⁶² Art. 5 al. 2 et 37 al. 1 de la Loi de la Fédération de Russie du 2 juillet 1992.

par une cour ou le tribunal de révision en rapport avec son cas ainsi que des fonctions et attributions des inspecteurs de circonscriptions et des visiteurs officiels²⁰⁶³.

Les modalités de l'information qui doit être donnée au malade mental sur ses droits sont en substance les mêmes que celles que nous venons d'analyser dans la section précédente et à laquelle nous renvoyons²⁰⁶⁴.

Il sied néanmoins de relever rapidement quelques particularités spécifiques.

Les personnes chargées d'informer le patient sont souvent les mêmes que celles devant présenter au malade mental les raisons de l'hospitalisation, à savoir le médecin ou le chef de l'établissement psychiatrique.

Les Principes des Nations Unies rappellent que si le malade mental n'est pas capable de comprendre l'information, ses droits seront portés à la connaissance de son représentant légal et de la personne ou des personnes qui sont le mieux à même de représenter ses intérêts aussi longtemps que cette incapacité subsistera. Un patient qui en a la capacité a le droit de désigner la personne qui sera informée en son nom²⁰⁶⁵. A ce propos, l'Exposé des motifs sur la Recommandation N° REC(2004)10 suggère que, si le malade mental n'est pas en mesure de comprendre, tout autre personne légitimée devra être informée à sa place²⁰⁶⁶.

A cet égard, à Hong-Kong, toutes les mesures doivent être prises afin que le patient et un parent comprennent les droits communiqués²⁰⁶⁷. A Genève, la loi prévoit à cet égard que le tuteur, le curateur, le conseil légal et l'avocat du malade sont informés de son admission et de ses droits et qu'ils ont le droit de lui rendre visite et de s'entretenir avec lui²⁰⁶⁸.

S'agissant encore de la forme de la communication de l'information, une préférence est également donnée à la forme écrite²⁰⁶⁹.

L'option la plus immédiate et moins dispendieuse – notamment pour le personnel de l'établissement d'accueil – consiste dans la remise d'un exemplaire, éventuellement un résumé, du règlement de l'hôpital et de la loi, comme c'est le cas aux Pays-Bas²⁰⁷⁰. A Genève, la loi prévoit qu'une notice

²⁰⁶³ Art. 64 de la Loi de Nouvelle-Zélande N° 46 du 5 juin 1992.

²⁰⁶⁴ *Supra*, III^e Partie, section B, sous-section c), par. 1, ii).

²⁰⁶⁵ Principe 12 al. 2 et 3 des Principes des Nations Unies.

²⁰⁶⁶ Exposé des motifs sur la Recommandation N° REC(2004)10, § 54.

²⁰⁶⁷ Art. 68A de l'Ordonnance de Hong-Kong, N° 46 du 23 juin 1988.

²⁰⁶⁸ Art. 10 al. 4 de la Loi genevoise K 1 25.

²⁰⁶⁹ Exposé des motifs de la Recommandation N° REC(2004)10, § 54.

²⁰⁷⁰ Art. 37 de la loi du 29 octobre 1992 des Pays-Bas. Cette disposition prévoit que les malades doivent recevoir un résumé écrit du règlement de l'hôpital ainsi que de leurs droits.

écrite informe le malade mental ainsi que sa famille de leurs droits²⁰⁷¹. La rédaction de documents *ad hoc* est souvent requise. Dans la Province d'Alberta au Canada, par exemple, le malade mental reçoit un document informatif²⁰⁷². En Israël, le médecin qui procède à l'admission doit remettre au patient un imprimé spécifiant les droits et obligations (!) de ce dernier et l'informer oralement du contenu dudit imprimé. Lorsque le patient n'est pas capable, en raison de son état, de comprendre le contenu dudit imprimé, ce fait doit être consigné dans son dossier et le contenu de l'imprimé doit lui être expliqué dès que son état de santé le permet²⁰⁷³.

Il peut être intéressant de savoir que selon le CPT «une brochure de présentation exposant le fonctionnement de l'établissement et les droits des patients» doit être remise à chaque patient lors de son admission ainsi qu'à sa famille; une assistance appropriée doit également être mise à disposition du malade mental qui ne serait pas en mesure de comprendre le contenu de ladite brochure²⁰⁷⁴.

L'affichage d'une copie des documents reproduisant les droits du malade mental dans chaque service psychiatrique et à des endroits bien visibles²⁰⁷⁵ s'avère être une solution intéressante, puisque simple et efficace²⁰⁷⁶. Un tel affichage ne constitue cependant qu'un rappel, qui en aucun cas ne peut remplacer l'information directe et personnalisée du patient.

En bref, la consécration dans les textes du droit du malade mental privé de liberté au contrôle juridictionnel ne saurait à lui tout seul garantir un rempart efficace contre tout risque d'hospitalisation arbitraire. Des garanties procédurales ont été élaborées afin de garantir une sauvegarde effective. Le malade mental doit être entendu en personne par l'autorité saisie. Les modalités de l'exercice de ce droit dépendent de son état de santé. Il incombe, le cas échéant, au juge de se déplacer et de rendre visite à l'intéressé, si l'état de celui-ci ne lui permet pas de comparaître à l'audience. L'«exception thérapeutique», à savoir une exception fondée sur un risque objectif de détérioration des conditions mentales du malade, doit être la seule dérogation admissible au droit de comparution personnelle. Il s'agit également de la seule exception

²⁰⁷¹ Art. 10 de la Loi genevoise K 1 25.

²⁰⁷² Art. 24 de la Loi de la Province d'Alberta (Canada) relative à la santé mentale.

²⁰⁷³ Art. 35 let. f) de la Loi d'Israël N° 5751 de 1991.

²⁰⁷⁴ Normes CPT, par. 53.

²⁰⁷⁵ Cette possibilité est prévue à l'art. 35 let. g) de la Loi d'Israël N° 5751 de 1991.

²⁰⁷⁶ Notons, cependant, qu'une requête contre la Suisse fondée sur le refus d'un établissement psychiatrique d'autoriser une association à distribuer aux personnes internées une circulaire les informant de leurs droits a été rejetée par la Commission en raison des effets défavorables que ladite circulaire pourrait avoir sur les patients, CommEDH, req. 26955/95, P. c. Suisse.

tolérable pour le droit d'accès au dossier médical et le droit d'être confronté aux experts. Aucune dérogation ne doit, en revanche, être admise s'agissant du droit du malade mental d'exiger une contre-expertise établie par un psychiatre de son choix. Aucune dérogation ne doit également être acceptée pour le droit du malade mental d'être assisté par un avocat, le cas échéant nommé d'office, lequel pourra éventuellement remédier partiellement à l'absence de participation personnelle à la procédure juridictionnelle. Un conseiller accompagnant peut, aux côtés de l'avocat, également soutenir le malade mental dans les démarches à entreprendre et le tenir informé de ses droits ainsi que de la portée de la mesure privative de liberté dont il fait l'objet. En principe, les enfants et les délinquants malades mentaux doivent aussi pouvoir bénéficier de ces mêmes garanties, qu'il convient d'adapter au mieux à leur situation.

En sus du droit précité au contrôle juridictionnel, d'autres voies de droit s'ouvrent au malade mental hospitalisé qui souhaite se plaindre de la violation de ses libertés fondamentales.

C. Les autres voies de droit

Les art. 5 al. 4, 6 (a) et 13 (b) CEDH garantissent essentiellement le même droit, à savoir celui pour tout individu d'avoir accès à un organe, éventuellement juridictionnel, afin de se plaindre de la violation de ses libertés fondamentales. Ce droit n'aura toutefois pas la même portée selon la disposition applicable. Le malade mental hospitalisé de force devra ainsi choisir la garantie la plus adéquate à sa situation. En dernier lieu, il pourra toujours requérir une réparation en cas d'hospitalisation dans des conditions contraires aux exigences de l'art. 5 CEDH (c).

a) Quid de l'application de l'art. 6 CEDH?

Ainsi que nous l'avons vu²⁰⁷⁷, lorsque le malade mental invoque l'irrégularité ou l'illicéité de son hospitalisation, seul l'art. 5 al. 4 CEDH s'applique. Les autorités tiendront néanmoins compte des garanties procédurales du procès équitable de l'art. 6 CEDH.

Cette dernière disposition assure l'accès à une voie juridictionnelle afin qu'il soit statué sur les droits et obligations de caractère civil ou sur le bien-fondé d'une accusation pénale. De jurisprudence constante, les procédures relatives à l'hospitalisation forcée en établissement psychiatrique ne portent, en tant que telles, pas sur des droits et obligations de caractère civil. Dès lors, en principe, l'art. 6 CEDH ne s'applique pas de manière directe²⁰⁷⁸.

Comme le démontre l'affaire *Bock c. République fédérale d'Allemagne*²⁰⁷⁹, il n'en va pas de même du droit de jouir d'une bonne réputation, qui est manifestement un droit à caractère civil²⁰⁸⁰. Toute requête visant à ce qu'il soit procédé à une expertise psychiatrique – en marge ou dans le cadre d'une procédure d'internement forcé – est susceptible d'entamer sérieusement la réputation d'un individu et, par conséquent, de violer son droit à la protection

²⁰⁷⁷ Supra, III^e Partie, section A.

²⁰⁷⁸ En 1967, pourtant, l'application de l'art. 6 CEDH n'était pas encore complètement exclue, CommEDH, req. 3151/67, Rec. N° 27, p. 128 où la question avait été laissée ouverte. Aujourd'hui, la réponse est clairement négative, CommEDH, req. 10801/84, rapport du 3 octobre 1998, §§ 86-88; CommEDH, req. 11200/84, DR 53, p. 50; CommEDH, req. 18657/91, G. J. et al c. France; CommEDH, req. 17734/91, décision du 29 juin 1994 et CommEDH, req. 23075/93, décision du 16 janvier 1996.

²⁰⁷⁹ CourEDH, affaire *Bock c. République fédérale d'Allemagne*, arrêt du 29 mars 1989.

²⁰⁸⁰ *Ibid.*, § 48 et VELU/ERGECE, p. 379, ainsi que la jurisprudence citée.

de sa personnalité²⁰⁸¹. La Cour a même affirmé qu'un individu faisant l'objet pendant une très longue période, en l'occurrence environ neuf ans, de doutes sur sa propre santé mentale se révélant par la suite mal fondés, subissait une grave atteinte à la dignité humaine et qu'une telle atteinte pourrait ouvrir la voie à l'application de l'art. 3 CEDH²⁰⁸².

Si le placement a des effets directs ou indirects sur les droits du malade mental, notamment sur celui de gérer son patrimoine ou sur sa capacité civile, le malade mental peut invoquer les garanties de l'art. 6 CEDH²⁰⁸³.

Tel est notamment l'enseignement de l'affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*²⁰⁸⁴, où le requérant se plaignait de ce que son hospitalisation forcée avait entraîné automatiquement son incapacité civile. Le Gouvernement justifiait une telle mesure par la volonté de sauvegarder les droits de caractère civil de l'aliéné détenu, ce dernier devant être protégé, en raison même de son état mental, contre sa propre inaptitude à diriger ses affaires. La Cour a constaté une violation de l'art. 6 CEDH dans la mesure où le malade mental n'avait pas eu accès à un tribunal pour contester la privation automatique de ses droits civils²⁰⁸⁵.

L'affaire *Ledrut c. France*²⁰⁸⁶ constitue un autre cas classique d'application de l'art. 6 CEDH. La requérante était visée par un ordre d'expulsion pour non-paiement de loyer qui était entré en force plus de cinq ans auparavant. Elle faisait également l'objet d'une saisie mobilière. Pendant son internement, ses meubles avaient été mis en dépôt afin d'être inventoriés et réalisés. De nombreux objets avaient été volés. Elle invoquait la durée déraisonnable – presque six ans – de l'action en réparation du dommage qu'elle avait intentée. La Commission n'avait eu aucune hésitation à conclure à l'application et à la violation de l'art. 6 CEDH²⁰⁸⁷.

Cette disposition s'applique également lorsque l'autorité judiciaire interne doit statuer sur les conséquences dommageables des irrégularités dont la mesure de placement d'office est entachée.

²⁰⁸¹ CourEDH, affaire *Bock c. République fédérale d'Allemagne*, arrêt du 29 mars 1989, § 48; CommEDH, req. 10878/84, *Jakobsson c. Suède*, DR 41, p. 247 ainsi que CommEDH, req. 7116/75, *X c. République fédérale d'Allemagne*, DR 7, p. 91.

²⁰⁸² CourEDH, affaire *Bock c. République fédérale d'Allemagne*, arrêt du 29 mars 1989, § 48.

²⁰⁸³ CommEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, avis du 12 juillet 1989, § 64; CommEDH, affaire *Koendjiharie c. Pays-Bas*, avis du 12 octobre 1989, § 78; CommEDH, affaire *Keus c. Pays-Bas*, avis du 4 octobre 1989, § 82 et CommEDH, affaire *Van der Leer c. Pays-Bas*, avis du 18 juillet 1988, §§ 120-122. En général, De SALVIA, pp. 283-294 ainsi que GELINSKY.

²⁰⁸⁴ CourEDH, affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979.

²⁰⁸⁵ *Ibid.*, §§ 69-75.

²⁰⁸⁶ CommEDH, req. 19618/92, *Ledrut c. France*.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*, §§ 31-39. La Commission avait également admis la violation de l'art. 1 du Protocole N° 1 CEDH garantissant le respect du droit de la propriété, *ibid.*, §§ 44-53.

Dans l'affaire *Donnadieu c. France*²⁰⁸⁸, par exemple, la Cour a conclu à la violation de l'art. 6 CEDH, l'action en dommages intérêts du requérant n'ayant pas été examinée dans des délais raisonnables²⁰⁸⁹. Dans l'affaire *Seidel c. France*²⁰⁹⁰, la Cour a également conclu à la violation de l'art. 6 CEDH en raison de la durée excessive de la procédure visant à obtenir le remboursement des frais d'un internement psychiatrique ordonné d'office et qui avait été reconnu irrégulier²⁰⁹¹.

L'art. 6 CEDH s'applique aussi si le malade interné requiert le respect de son droit de recevoir des visites²⁰⁹² et de son droit au secret médical²⁰⁹³. Il ne s'applique en revanche pas en cas de demande de respect du droit d'accès au dossier médical²⁰⁹⁴.

Les conditions d'hospitalisation sont exclues du champ d'application de l'art. 6 CEDH, puisqu'elles ressortissent au droit public²⁰⁹⁵. En revanche, les droits du malade mental se plaignant de ses conditions de détention sont des droits dont le caractère civil ne prête à aucune controverse²⁰⁹⁶.

S'agissant enfin du délinquant malade mental, l'art. 6 CEDH s'applique tout au long de l'information pénale ainsi que lors des débats jusqu'à une éventuelle déclaration d'irresponsabilité²⁰⁹⁷. Le prévenu malade mental ne pourra toutefois pas se prévaloir de cette disposition lors d'un éventuel internement intervenant après son acquittement. Telle est, en tout cas, la conclusion à laquelle était parvenue la Commission dans une affaire relative à un maître auxiliaire français poursuivi pour violences, voies de fait avec préméditation et menaces. L'information pénale ouverte à l'encontre dudit maître s'était soldée par une ordonnance de non-lieu eu égard à son état de démence au moment des faits. Son internement avait été ordonné environ trois mois après le non-lieu. La Commission avait estimé que l'ordonnance

²⁰⁸⁸ CourEDH, affaire *Donnadieu c. France*, arrêt du 27 février 2001.

²⁰⁸⁹ *Ibid.*, §§ 29-31.

²⁰⁹⁰ CourEDH, affaire *Seidel c. France*, arrêt du 1^{er} janvier 2000.

²⁰⁹¹ *Ibid.*, §§ 17-26.

²⁰⁹² CommEDH, req. 14451/88, *Gärth Persson c. Suède*, §§ 81-90.

²⁰⁹³ CommEDH, req. 20837/92, *M. S. c. Suède*, §§ 65-77 ainsi que CommEDH, req. 20022/92, *Andersson c. Suède*, § 46.

²⁰⁹⁴ CommEDH, req. 18526/91, *J.-C. C. c. France*, §§ 9-10.

²⁰⁹⁵ Par analogie, CommEDH, req. N° 4984/71, *Rec.*, Vol. 43, p. 28 ainsi que VELU/ERGEC, p. 381 et la jurisprudence citée.

²⁰⁹⁶ CourEDH, affaire *Silver et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1983, §§ 80-82 ainsi que VELU/ERGEC, p. 379 et la jurisprudence citée.

²⁰⁹⁷ CommEDH, req. 13157/87, *Callens c. Belgique*, DR 70, p. 167, où la Commission avait statué qu'une Chambre d'accusation qui ordonne l'internement d'un délinquant malade mental en vertu de la Loi belge de défense sociale, agissant en qualité de juridiction de jugement, décide «d'une accusation en matière pénale» au sens de l'art. 6 al. 1 CEDH.

de non-lieu mettant fins aux poursuites devait être assimilée à un acquittement. S'agissant de l'internement intervenu après, elle avait considéré que les liens avec l'ordonnance n'étaient pas suffisamment directs pour permettre l'application de l'art. 6 CEDH²⁰⁹⁸. Dans le même ordre d'idées, la Commission avait jugé que la décision ordonnant la réincarcération d'un malade mental délinquant libéré conditionnellement à des fins de traitement médical ne portait pas sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale²⁰⁹⁹.

A défaut de pouvoir se prévaloir des art. 5 al. 4 et 6 CEDH, le malade mental pourra toujours essayer d'invoquer l'art. 13 CEDH.

b) Le droit de plainte ou le droit à un «recours effectif»

Le droit à un «recours effectif» prévu à l'art. 13 CEDH constitue le dernier rempart dont dispose le malade mental pour se plaindre d'une violation de ses droits²¹⁰⁰. En sa qualité de *lex generalis*, cette disposition ne peut être invoquée que si les art. 5 al. 4 et 6 CEDH ne sont pas applicables²¹⁰¹.

De par sa portée générale et ses exigences moins strictes, l'art. 13 CEDH confère au malade mental un véritable droit de plainte auprès d'une autorité interne, y compris à l'encontre des actes commis par des personnes ayant agi dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Ce droit de plainte n'existe toutefois que pour la violation des droits reconnus par la

²⁰⁹⁸ CommEDH, req. 18578/91, A. B. c. France, §§ 10-15.

²⁰⁹⁹ CommEDH, req. 19774/92, Sampson c. Chypre, DR 77-B, p. 69 par analogie.

²¹⁰⁰ L'art. 2 al. 3 du Pacte II ainsi que l'art. 25 CADH codifient la même garantie en consacrant tant l'interdiction du déni de justice que l'obligation positive à charge des Etats signataires de développer cette voie de recours.

²¹⁰¹ MALINVERNI (3), pp. 397-398; FROWEIN, pp. 545-550; DRZEMCZEWSKI, pp. 455-474; VOSPERNIK, pp. 361-368, ainsi que CourEDH, affaire Zeynep Avci c. Turquie, arrêt du 6 février 2003, § 75; CourEDH, affaire Graf Horst Helmut c. Suisse, arrêt sur la recevabilité du 15 novembre 2001, § 5; CourEDH, affaire Berktaç c. Turquie, arrêt du 1^{er} mars 2001, § 183; CourEDH, affaire SI Chissiez Bon Attrait SA c. Suisse, arrêt sur la recevabilité du 15 février 2001, § 3; CourEDH, affaire Murray c. Royaume-Uni, arrêt du 28 octobre 1995, § 98; CourEDH, affaire Hentrich c. France, arrêt du 22 septembre 1995, § 65; CourEDH, affaire Campbell et Fell c. Royaume-Uni, arrêt du 28 juin 1984, § 123; CourEDH, affaire de Jong, Baljet et van den Brink c. Pays-Bas, arrêt du 22 mai 1984, § 60 et CourEDH, de Wilde, Ooms et Versyp c. Pays-Bas, arrêt du 18 juin 1971, § 95. De jurisprudence constante, la Cour, constatant la violation de l'art. 6 CEDH, ne juge pas nécessaire, lorsqu'il est également invoqué l'art. 13 CEDH, de se prononcer aussi sur ce grief du fait du caractère de *lex specialis* de l'art. 6 CEDH par rapport à l'art. 13 CEDH, CourEDH, affaire Kudla Andrzej c. Pologne, arrêt du 26 octobre 2000, § 146.

Convention²¹⁰² et pour des griefs défendables²¹⁰³ ne portant pas sur la procédure d'hospitalisation en tant que telle²¹⁰⁴.

Ce qui précède illustre les limites rigoureuses au recours à cette disposition dont, par ailleurs, le contenu est variable²¹⁰⁵. Ceci constitue peut-être la raison qui explique que la Cour n'a pas eu, jusqu'à présent, à connaître d'un vrai cas d'application de l'art. 13 CEDH au malade mental hospitalisé de force²¹⁰⁶.

Dans l'arrêt *Keenan c. Royaume-Uni*²¹⁰⁷, la Cour a néanmoins conclu à la violation de l'art. 13 CEDH, dans la mesure où il n'existait aucun recours effectif contre une sanction disciplinaire infligée à un détenu malade mental qui s'était suicidé le lendemain de l'exécution de ladite sanction²¹⁰⁸.

La Cour a également statué sur la prétendue absence d'un recours effectif à l'encontre du renvoi d'un Algérien schizophrène se plaignant de ce que son expulsion l'aurait exposé à un risque de traitement inhumain²¹⁰⁹. Elle a, enfin, admis la violation de l'art. 13 CEDH dans le cas du meurtre d'un détenu commis par un codétenu souffrant de troubles mentaux²¹¹⁰.

²¹⁰² L'art. 13 CEDH ne garantit notamment pas un droit à une procédure nationale de contrôle abstrait des normes, CourEDH, affaire *H. M. c. Suisse*, arrêt sur la recevabilité du 7 décembre 2000, § 2.

²¹⁰³ CourEDH, affaire *Zeynep Avci c. Turquie*, arrêt du 6 février 2003, § 75; CourEDH, affaire *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, arrêt du 14 mars 2002, § 96; CourEDH, affaire *Boyle et Ryce c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 avril 1988, § 52; CommEDH, req. 25147/94, *Volpi c. Suisse*, DR 84-A, p. 106; CommEDH, req. 23997/94, *Mecili c. France*, DR 81A, p. 102 et CommEDH, req. 27949/95, *Choudry c. Royaume-Uni*. Cette condition de recevabilité est toutefois critiquée: MALINVERNI défend la thèse selon laquelle le recours de l'art. 13 CEDH doit être ouvert à toute personne qui croit «pour quelque raison que ce soit» que l'un de ses droits fondamentaux a été violé, MALINVERNI (3), p. 405.

²¹⁰⁴ CourEDH, *H. M. c. Suisse*, arrêt sur la recevabilité du 17 décembre 2000, § 2.

²¹⁰⁵ Face à un homicide illégal commis par des agents de l'Etat, la Cour a souligné que la nature du droit en cause influence le type de recours devant être garanti. Elle a indiqué que plus ce droit est essentiel, plus le recours de l'art. 13 CEDH se doit d'être efficace, CourEDH, affaire *Kaya c. Turquie*, arrêt du 19 février 1998, §§ 106-108.

²¹⁰⁶ Dans une affaire mettant en cause l'absence en droit interne, pour une victime de violences sexuelles et souffrant d'un handicap mental, de voies de recours lui permettant d'engager des poursuites contre l'auteur, la Cour a statué sous l'angle des obligations positives incombant aux Etats via l'art. 8 CEDH et non pas l'art. 13 CEDH, CourEDH, affaire *X et Y c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, § 35.

²¹⁰⁷ CourEDH, affaire *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt du 3 avril 2001.

²¹⁰⁸ *Ibid.*, §§ 122-131.

²¹⁰⁹ CourEDH, affaire *Kader Abdel Bensaid c. Royaume-Uni*, arrêt du 6 février 2001, §§ 53-56.

²¹¹⁰ CourEDH, affaire *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, arrêt du 14 mars 2002, §§ 91-102 ainsi que CourEDH, affaire *McGlinchey et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 juillet 2003, §§ 62-67, où la Cour a admis une violation de l'art. 13 CEDH au vu de l'absence d'un recours effectif en cas de soins médicaux inadéquats prodigués par les autorités carcérales à une toxicomane.

Il va de soi que les conditions d'efficacité et les garanties procédurales requises pour le recours juridictionnel²¹¹¹ s'imposent également au recours de l'art. 13 CEDH, parfois, cependant, avec moins de rigueur²¹¹².

A titre d'exemple, aux Pays-Bas, la plainte doit être rédigée et déposée par le patient lui-même ou par son représentant. Elle peut sur demande avoir un effet suspensif. Elle est examinée par une commission composée d'au moins trois membres dont impérativement un juriste et un psychiatre. Son président ne doit pas être indépendant. Le respect de l'égalité des armes doit être assuré et le patient a le droit d'être assisté de son avocat. Cette commission doit statuer dans un délai maximal de deux semaines. Le patient débouté peut encore se pourvoir devant la juridiction ordinaire compétente²¹¹³.

En dépit de son efficacité moindre que celle d'autres droits, le droit de plainte ne doit pas être sous-estimé²¹¹⁴. Sa présence dans les textes internationaux de sauvegarde du malade mental est constante; ces textes confèrent au droit de plainte une portée très variée souvent plus large que le droit à un recours effectif prévu à l'art. 13 CEDH.

Les normes du CPT, notamment, appellent de leurs vœux la mise en place d'un organe, extérieur à l'établissement psychiatrique, habilité à recueillir toutes les plaintes des patients et à communiquer avec ces derniers de manière confidentielle²¹¹⁵.

Les Principes des Nations Unies ont codifié le droit de porter plainte pour tout patient et ancien patient pour violation de ses droits. Les États demeurent néanmoins les seuls habilités à déterminer les procédures disciplinaires et judiciaires à suivre, y compris le choix des autorités devant être saisies²¹¹⁶. Parallèlement, les mêmes Principes prévoient le droit du patient de présenter un recours à l'encontre de tout traitement forcé²¹¹⁷. La version définitive du texte onusien apparaît malheureusement beaucoup moins ambitieuse que le projet initial. Ce dernier garantissait également le droit pour tout patient – qui entendait se plaindre de la violation d'un de ses droits, y compris ceux contenus dans les principes eux-mêmes – de déposer une plainte auprès de tous les organes internationaux – conventionnels et universels – compétents pour assurer le respect des droits de l'homme. Les associations profession-

²¹¹¹ *Supra*, III^e Partie, section B, sous-section a).

²¹¹² MALINVERNI (3), pp. 399-401, qui en donne un aperçu synthétique, ainsi que DRZEMCZEWSKI/GIAKOUPOULOS, pp. 465-471.

²¹¹³ Loi des Pays-Bas de 1992 commentée par LEGEMAATE (3), pp. 266-267.

²¹¹⁴ Dans ce sens, Van DIJK (1), p. 352.

²¹¹⁵ Normes CPT, par. 54.

²¹¹⁶ Principes 21 et 22 des Principes des Nations Unies.

²¹¹⁷ Principe 11 al. 6 des Principes des Nations Unies.

nelles de médecins étaient, quant à elles, chargées de mener une enquête dans chaque cas de plainte pour faute professionnelle²¹¹⁸.

La Recommandation N° REC(2004)10 sollicite des Etats membres la création d'un système de contrôle approprié du respect des normes juridiques, techniques et professionnelles, établies par la Recommandation elle-même et par les lois de santé mentale. Ce contrôle doit s'exercer par des organes indépendants des autorités ou instances contrôlées. Ces organes doivent bénéficier d'un vaste pouvoir d'enquête et pouvoir être saisis par la voie de la plainte²¹¹⁹.

Dans la majorité des textes nationaux, la portée du droit de plainte semble pour l'heure se limiter essentiellement à la question de principe du traitement forcé et aux conditions de son administration²¹²⁰.

Au Danemark, des «Comités d'appel psychiatriques pour les patients» ont pour mission d'instruire les recours relatifs aux traitements coercitifs, à l'immobilisation de force, à l'utilisation de la force psychique ainsi qu'à l'immobilisation à titre préventif dans les services psychiatriques²¹²¹. Aux Pays-Bas, la procédure pour les patients psychiatriques est spécifique – tout en étant complémentaire – à celle prévue pour tous les autres patients – notamment quant à sa portée qui est limitée au traitement forcé, à l'utilisation des méthodes de contention en cas de crises et aux décisions sur la capacité de discernement²¹²². En Finlande, le droit de plainte peut s'exercer à l'encontre de tous les soins de santé dispensés que le patient ne considère pas comme satisfaisants. Si le traitement médical contesté est également susceptible d'engager la responsabilité civile du soignant, la loi prévoit une obligation de dédommagement²¹²³.

Une tendance visant à attribuer à ce droit de plainte une portée plus large afin d'ouvrir l'accès à la voie judiciaire pour n'importe quel fait survenu lors de l'hospitalisation forcée, se dessine néanmoins.

A Genève, la loi prévoit qu'en cas d'infraction aux lois et règlements sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales, le Conseil de surveillance psychiatrique doit signaler le cas à l'autorité compétente, à savoir le Tribunal de police²¹²⁴. En Russie, le patient psychiatrique jouit «sans censure»

²¹¹⁸ Art. 46 let. a) al. 2 du Projet DAES.

²¹¹⁹ Art. 36 et 37 de la Recommandation N° REC(2004)10 ainsi que l'Exposé des motifs, §§ 256-262.

²¹²⁰ ATF du 11 septembre 1997 [5P.292/1997] en la cause C. F. c. canton Zurich, consid. 3.

²¹²¹ Art. 2 du chapitre 1 de l'Arrêté N° 616 du Danemark du 20 septembre 1989 relatif au règlement intérieur des Comités d'appel psychiatriques pour les patients.

²¹²² LEGEMAATE (3), pp. 265-266.

²¹²³ Art. 10 de la Loi de Finlande du 17 août 1992 ainsi que la Loi N° 585 du 25 juillet 1986.

²¹²⁴ Art. 18 al. 1 let. h) et 39 de la Loi genevoise K 1 25. Au surplus, toute violation des droits du patient psychique garantis par la Loi sur le rapport entre les membres des professions de la santé et les patients peut être l'objet d'une plainte auprès du Département de l'action sociale et de la santé, art. 10 de la Loi genevoise K 1 80.

du droit de déposer des plaintes et des demandes auprès des organes du pouvoir représentatif comme exécutif, du parquet et des tribunaux²¹²⁵. En Nouvelle-Zélande, le patient peut se plaindre de la violation de tous les droits que son statut lui confère²¹²⁶. Au Royaume-Uni, la Commission de suivi de la Loi de santé mentale est compétente pour recevoir toute plainte déposée par un patient concernant son internement²¹²⁷.

Pour le surplus, toutefois, une grande partie des législations internes spécifiques à la protection du malade mental sont lacunaires. Il faut, dès lors, se référer au droit sur la responsabilité des organes étatiques qui repose essentiellement sur la notion de faute. Partant, ce droit limite en général fortement les possibilités pour le patient de se plaindre d'une situation qu'il juge insatisfaisante.

Le droit à un recours effectif et le droit d'agir en responsabilité ne devraient pas être alternatifs, mais bien plutôt complémentaires, comme le rappellent par ailleurs les Principes des Nations Unies²¹²⁸. Le TF a jugé que l'action en indemnisation en cas de privation de liberté illégale, prévue par le droit fédéral constitue un recours effectif au sens de l'art. 13 CEDH²¹²⁹. Le droit conventionnel prévoit néanmoins une disposition spécifique à cet effet.

c) Le droit à réparation

La codification expresse du droit à une réparation en cas d'hospitalisation dans des conditions contraires à l'art. 5 CEDH illustre l'importance que les auteurs de la Convention confèrent à la protection de la liberté personnelle et, en l'occurrence, au droit d'être hospitalisé régulièrement. L'art. 5 al. 5 CEDH consacre en effet le droit à l'indemnisation pour toute personne victime d'une privation de liberté ne respectant pas les exigences posées aux al. 1 à 4 de l'art. 5 CEDH²¹³⁰. Il s'agit d'un véritable droit à une indemnisation

²¹²⁵ Art. 37 de la Loi du 2 juillet 1992 de la Fédération de Russie.

²¹²⁶ Art. 75 de la Loi de Nouvelle-Zélande du 15 juin 1992. Notons que cette disposition énonce les étapes de la procédure de plainte jusqu'à la décision finale, prévoyant même la possibilité de recourir devant un tribunal de révision pour enquête complémentaire.

²¹²⁷ Art. 121 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni. La Commission est aussi compétente pour recevoir des plaintes concernant l'exercice des pouvoirs et obligations des patients internés. Ce genre de plainte est particulier du fait que toute personne peut la déposer, y compris un parlementaire. Dans ce dernier cas, la Commission doit lui rendre compte des résultats de l'enquête. A ce sujet, LOUZON, p. 37 ainsi que supra, III^e Partie, section A, sous-section d), par. 3, i.a.d).

²¹²⁸ Principe 22 des Principes des Nations Unies.

²¹²⁹ ATF 118 II 254 consid. 1c.

²¹³⁰ KOERING-JOULIN (2), p. 235; MURDOCH (2), pp. 56-57 ainsi que MACOVEI, p. 72. La portée du droit à réparation garanti par la Convention pourrait être plus large que la portée du même droit garanti par le Pacte II à son art. 9 al. 5. D'après une partie de la doctrine, ce dernier ne

qui ne doit pas être confondu avec le pouvoir des Juges de Strasbourg d'octroyer une satisfaction équitable en cas de violation de la Convention afin que la victime soit remise dans la situation qui aurait été la sienne si les règles conventionnelles avaient été respectées²¹³¹.

L'art. 5 al. 5 CEDH ne doit pas être considéré comme une *lex specialis* et ne saurait donc exclure la *lex generalis* de l'art. 41 (anciennement 50) CEDH. Cette dernière disposition énonce une règle de compétence formelle tandis que l'art. 5 al. 5 CEDH est une règle de compétence matérielle²¹³². Il en résulte que la Cour pourra octroyer une satisfaction équitable si le droit interne ne permet pas d'obtenir réparation en cas de violation des règles sur la privation de liberté²¹³³. Cette satisfaction équitable a pour but notamment de réparer le dommage matériel et/ou le tort moral subis ainsi que de rembourser les frais et les dépens effectivement encourus. Elle peut également prendre d'autres formes²¹³⁴.

semble concerner que les détentions intervenues en violation des lois nationales puisqu'il prévoit le droit d'indemnisation aux individus victimes d'une arrestation ou d'une détention *illégal*. Dans ce sens, VELU/ERGECE, pp. 246-247. Nous ne partageons pas cet avis. Le terme d'«illégal» ne peut être interprété comme faisant référence exclusivement au droit national. Par ce terme, il faut en effet comprendre «arbitraire» ou «irrégulier», à savoir contraire à la législation nationale qui, elle doit être conforme au Pacte ou à tout le moins aux idées de justice et de dignité de l'homme sous-jacentes, Observation générale N° 8 sur l'art. 9 Pacte II, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 1, du 24 juillet 1994, et BOSSUYT, pp. 197-199 et 201. L'art. 8 CADH ne traite pas du droit à une réparation en cas de détention arbitraire.

²¹³¹ Sur l'application de l'article 50 (actuellement 41) CEDH, VELU/ERGECE, p. 308; SHARPE, pp. 809-826; CALLEWAERT (3), pp. 1525-1531 ainsi que TOMUSCHAT, pp. 1409-1430.

²¹³² TRECHSEL relève que l'al. 5 de l'art. 5 CEDH va plus loin que l'art. 41 (anciennement 50) CEDH, puisque le premier contient le terme de «réparation» (*compensation* dans la version anglaise) tandis que le deuxième emploie l'expression de «satisfaction équitable» (*satisfaction* dans la version anglaise), TRECHSEL (5), p. 344. MAS affirme que la violation de l'al. 5 de l'art. 5 CEDH renforce l'octroi de la satisfaction équitable de l'art. 41 CEDH dans la mesure où il la rend indispensable, MAS, p. 788.

²¹³³ CourEDH, affaire Kolanis c. Royaume-Uni, arrêt du 21 juin 2005, §§ 83-85 ainsi que CourEDH, affaire Carbonara et Ventura c. Italie, arrêt du 11 décembre 2003, §§ 34-39. La Cour peut prendre en compte l'indemnité qui aurait éventuellement été accordée par les autorités nationales dans le cadre de l'art. 5 al. 5 CEDH, CourEDH, affaire Neumeister c. Autriche, arrêt du 27 juin 1968, § 40 ainsi que LAMBERT, pp. 199-227.

²¹³⁴ En ce qui concerne notre domaine d'étude, dans l'affaire Winterwerp c. Pays-Bas, par exemple, le requérant avait demandé d'être mis au bénéfice d'une post-cure sous contrôle psychiatrique après sa libération et n'avait réclamé ni des dommages intérêts ni une indemnité pour préjudice moral, CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, § 77. Dans les autres cas, l'aspect matériel de la satisfaction équitable prévaut, comme le démontrent les quelques exemples, non exhaustifs, suivants. Dans l'affaire Luberti c. Italie, la Cour a considéré que la réparation du tort moral était déjà satisfaite par le constat de la violation de la Convention, accordant toutefois l'000'000 de liras à titre de remboursement des frais et des dépens, CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984, §§ 38-42. Dans l'affaire Van Der Leer c. Pays-Bas, la Cour a admis le tort moral et a attribué en équité une somme forfaitaire de 15'000 florins, CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990, §§ 38-42. Dans l'affaire Wassink c. Pays-Bas, la Cour n'a octroyé que le remboursement des frais d'avocat, CourEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, arrêt du 27 septembre 1990, § 41. Dans l'affaire Koendjibharie c. Pays-Bas, la Cour a statué seulement sur le remboursement des frais et des dépens à hauteur de 18'989 florins, CourEDH, affaire Koendjibharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990, pp. §§ 34-35. Dans l'affaire

Le droit à une réparation requiert la réunion des trois conditions cumulatives suivantes: la violation du droit, interne et/ou conventionnel, un préjudice et un lien de causalité entre cette violation et ce préjudice.

Megeri c. Allemagne, le requérant invoquait un préjudice matériel consistant en un manque à gagner et arguait que s'il avait été assisté d'un avocat, il aurait pu retrouver la liberté et un emploi plus tôt; la Cour a rejeté cette thèse et a octroyé une indemnité pour tort moral d'un montant de 5'000 marks, le requérant, non assisté d'un avocat, ayant dû éprouver un «certain sentiment d'isolement et de désarroi». Le remboursement des frais et des dépens a été également admis, CourEDH, affaire Megeri c. Allemagne, arrêt du 12 mai 1992, §§ 29-34. Dans l'affaire Herczegfalvy c. Autriche, la Cour a évalué, toujours en équité, à 100'000 schillings le tort moral subi; le remboursement des frais et des dépens a été également admis, CourEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, arrêt du 24 septembre 1992, §§ 98-100. Dans l'affaire Johnson c. Royaume-Uni, la Cour a alloué une indemnité pour tort moral de 10'000 livres ainsi que le remboursement des frais et des dépens à concurrence de 25'000 livres; l'attitude négative du requérant à l'égard de sa réadaptation ayant été prise en compte pour justifier une réduction, CourEDH, affaire Johnson c. Royaume-Uni, arrêt du 24 octobre 1997, p. §§ 74-80. Dans l'affaire Erkalo c. Pays-Bas, la Cour a considéré que le constat d'une violation de la Convention constituait une satisfaction suffisante et a alloué le remboursement des frais et des dépens, CourEDH, affaire Erkalo c. Pays-Bas, arrêt du 2 septembre 1998, §§ 67-73. Dans l'affaire Aerts c. Belgique, la Cour a octroyé, en raison des souffrances particulières découlant de la détention, une indemnité pour tort moral à concurrence de 50'000 francs belges, CourEDH affaire Aerts c. Belgique, arrêt du 30 juillet 1998, §§ 69-75. Dans l'affaire Bock c. Allemagne, la Cour a retenu 10'000 marks à titre de réparation du tort moral, car le dépassement du délai raisonnable imposé par l'art. 6 CEDH dû aux doutes persistants relatifs à la santé mentale du requérant avait gravement lésé ce dernier, et 12'000 marks pour les frais et les dépens, CourEDH, affaire Bock c. Allemagne, arrêt du 29 mars 1989, § 52. Dans l'affaire Musial c. Pologne, la Cour a rejeté les prétentions du requérant au motif que ce dernier ne les avait pas établies, CourEDH, affaire Musial c. Pologne, arrêt du 25 mars 1999, §§ 55-62. Dans l'affaire Varbanov c. Bulgarie, la Cour a statué en équité et octroyé un montant à titre de réparation du tort moral, CourEDH, affaire Varbanov c. Bulgarie, arrêt du 5 octobre 2000, §§ 62-71. Elle a statué également en équité notamment dans les affaires CourEDH, affaire R. L. et M.-J. D. c. France, arrêt du 19 mai 2004, §§ 149-150; CourEDH, affaire Delbec c. France, arrêt du 18 juin 2002, § 40; CourEDH, affaire D. M. c. France, arrêt du 27 juin 2002, § 38; CourEDH, affaire L. R. c. France, arrêt du 27 juin 2002, §§ 40-45; CourEDH, affaire Rutten c. Pays-Bas, arrêt du 24 juillet 2001, §§ 56-63; CourEDH, affaire D. N. c. Suisse, arrêt du 29 mars 2001, §§ 58-64 et CourEDH, affaire G. B. c. Suisse, arrêt du 30 novembre 2000, §§ 40-47. La Cour a octroyé, à titre de réparation du tort moral et en sus du remboursement des frais et dépens, 2'000 EUR dans l'affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni, CourEDH, affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni, arrêt du 20 février 2003, §§ 82-87; 3'500 EUR dans l'affaire Herz c. Allemagne, CourEDH, affaire Herz c. Allemagne, arrêt du 12 juin 2003, §§ 75-85; 2'500 EUR dans l'affaire Waite c. Royaume-Uni, CourEDH, affaire Waite c. Royaume-Uni, arrêt du 10 décembre 2002, §§ 85-90, ainsi que 16'500 EUR dans l'affaire Stafford c. Royaume-Uni, CourEDH, affaire Stafford c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 2002, §§ 94-97. Le tort moral, en sus du remboursement des frais, a également été octroyé dans l'affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, CourEDH, affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002, §§ 64-69. Dans l'affaire Storck c. Allemagne, la Cour a ordonné le remboursement de EUR 75'000 à titre de dommage matériel et de EUR 18'315 à titre des frais et dépens, en réduisant de manière drastique les prétentions du requérant qui demandait respectivement EUR 1'449'259 et EUR 32'785, CourEDH, affaire Storck c. Allemagne, arrêt du 16 juin 2005, §§ 172-184. Dans l'affaire Kolanis c. Royaume-Uni, la Cour a statué en équité et alloué EUR 6'000 à titre de réparation du dommage et EUR 4'656 à titre de remboursement des frais et dépens, CourEDH, affaire Kolanis c. Royaume-Uni, arrêt du 21 juin 2005, §§ 90-96. Toujours sur la base de l'équité, la Cour a octroyé au requérant EUR 1'500 dans l'affaire Brand c. Pays-Bas, CourEDH, affaire Brand c. Pays-Bas, arrêt du 11 mai 2004, §§ 68-71, et EUR 6'000 dans l'affaire Morsink c. Pays-Bas, CourEDH, affaire Morsink c. Pays-Bas, arrêt du 11 mai 2004, §§ 72-74. Aucune réparation du tort moral n'a pas non plus été octroyée dans l'affaire Schenkel c. Pays-Bas, CourEDH, arrêt du 27 octobre 2004, §§ 43-49.

La violation du droit comprend la violation objective des conditions de fond²¹³⁵ comme de forme²¹³⁶ imposées par l'art. 5 CEDH. Un simple manquement, même non fautif, est suffisant²¹³⁷. La Cour statue sur l'art. 5 al. 5 CEDH après avoir constaté une violation des conditions susmentionnées, le tout dans une seule et même décision²¹³⁸. Le non-respect du droit conventionnel n'entraîne la violation de l'al. 5 que lorsque le droit interne ne permet pas d'obtenir réparation²¹³⁹.

Les deux autres conditions permettant de bénéficier du droit à une réparation relèvent des principes généraux. Un préjudice ainsi qu'un lien de causalité entre ce dernier et la violation du droit conventionnel sont requis. Qu'il s'agisse du lien de causalité ou du préjudice²¹⁴⁰, lequel pourra être d'ordre matériel ou moral²¹⁴¹, une certaine latitude – ou plutôt une latitude certaine – est laissée aux autorités nationales. Il en va par ailleurs de même pour l'évaluation de l'indemnité due²¹⁴².

Au vu de ce qui précède, le malade mental jouit d'un droit à une réparation si son hospitalisation est illégale ou irrégulière²¹⁴³, ce qui sera également le cas dans l'hypothèse d'une violation des droits procéduraux ou du droit au contrôle juridictionnel²¹⁴⁴ dont bénéficie le malade mental durant sa privation de liberté²¹⁴⁵. S'agissant du dommage, celui-ci sera bien évidemment matériel,

²¹³⁵ CourEDH, affaire Letellier c. France, arrêt du 26 juin 1991, § 52.

²¹³⁶ KOERING-JOULIN donne plusieurs exemples pour illustrer ces conditions de forme, comme la promptitude avec laquelle l'intéressé doit être conduit devant un magistrat, le bref délai dans lequel le tribunal doit répondre aux demandes d'élargissement, l'impartialité objective du magistrat, etc. KOERING-JOULIN (2), pp. 235-236. VELU et ERGEC précisent néanmoins que le droit à l'indemnisation ne saurait être invoqué en cas de violation des règles de «pure forme». Ils citent à titre d'exemple un jugement ne mentionnant pas les mesures de sûreté prononcées dans les décisions antérieures, VELU/ERGECE, p. 309.

²¹³⁷ Dans ce sens, DOURAKI (1), p. 350.

²¹³⁸ Dans ce cas, la victime ne doit pas avoir épuisé les voies de recours internes pour déterminer si elle est en droit d'obtenir réparation, MACOVEL, p. 72 ainsi que HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, p. 159 et la jurisprudence citée. La première jurisprudence exigeait du requérant qu'il attende que la Cour se prononce définitivement sur la violation alléguée; ce n'est que par la suite que le requérant pouvait la saisir, après épuisement des voies de recours internes, sur la base de l'art. 5 al. 5 CEDH. Sur ce système et ses inconvénients, VELU/ERGECE, p. 310.

²¹³⁹ CourEDH, affaire A. B. c. Suisse, arrêt du 6 avril 2000, § 2 et CourEDH, affaire Brevi c. Suisse, arrêt du 6 avril 2000, § 2 *in fine*.

²¹⁴⁰ Le lien de causalité doit être apprécié de manière passablement souple, la Cour se contentant d'un lien adéquat. Dans ce sens VELU/ERGECE, p. 311.

²¹⁴¹ VAN DIJK/VAN HOOF, pp. 389-390.

²¹⁴² FROWEIN/PEUKERT, pp. 145-148.

²¹⁴³ CourEDH, affaire R. L. et M.-J. D. c. France, arrêt du 19 mai 2004, § 134 et CommEDH, req. 24722/94, Léon Guenat c. Suisse, DR 81A, p. 130.

²¹⁴⁴ CommEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, avis du 7 septembre 1989, §§ 94-95 et les références citées. La Cour n'a même pas soulevé la question et elle a conclu sans autre à la violation de l'al. 5, *ibid.*, § 82.

²¹⁴⁵ CommEDH, affaire Keus c. Pays-Bas, avis du 4 octobre 1989, §§ 72-73.

c'est-à-dire résultant d'une perte d'emploi ou d'un manque à gagner, mais aussi et surtout moral, c'est-à-dire tenant compte du désarroi, de l'isolement et du discrédit social dont sont victimes, encore aujourd'hui, ceux qui ont un passé de placement psychiatrique, fut-il justifié ou non.

Ce dommage, qu'il soit matériel ou moral, doit néanmoins être établi. La question consiste alors à déterminer par qui et dans quelle mesure.

Dans l'affaire *Wassink c. Pays-Bas*²¹⁴⁶, la Commission avait indiqué que l'al. 5 de l'art. 5 CEDH n'exigeait pas, comme le Gouvernement défendeur le prétendait, que le requérant démontre avoir subi un préjudice ou qu'il aurait bénéficié d'un résultat plus favorable si la procédure de détention avait été conforme aux exigences conventionnelles²¹⁴⁷. Un mois plus tard, dans l'affaire *Keus c. Pays-Bas*²¹⁴⁸, la Commission réitérait ce principe et soulignait la difficulté pour le requérant d'apporter la preuve du dommage subi, notamment en cas de violation de l'art. 5 al. 4 CEDH²¹⁴⁹.

La Cour, toutefois, n'a pas fait siennes les conclusions de la Commission dans les deux affaires précitées. Elle a distingué entre la qualité de «victime», qui se conçoit aisément lors d'une hospitalisation forcée illégale et/ou irrégulière, même en l'absence d'un préjudice établi²¹⁵⁰, et le droit à une réparation qui ne peut être donné sans l'existence d'un tort, moral ou matériel. Les Etats peuvent dès lors subordonner l'octroi d'une indemnité, et partant, le droit de se prévaloir de l'art. 5 al. 5 CEDH, à l'établissement, par l'intéressé, d'un dommage résultant de la violation conventionnelle²¹⁵¹.

En tout état, l'Etat doit permettre au malade mental d'obtenir réparation lorsque les conditions susmentionnées sont réunies. Dans le cas contraire, l'art. 5 al. 5 CEDH est violé²¹⁵².

Il convient de déterminer si l'art. 5 al. 5 CEDH est enfreint du seul fait que l'accès au droit à réparation est rendu particulièrement difficile en raison

²¹⁴⁶ CommEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, avis du 12 juillet 1989.

²¹⁴⁷ *Ibid.*, §§ 58-59.

²¹⁴⁸ CommEDH, affaire *Keus c. Pays-Bas*, avis du 4 octobre 1989.

²¹⁴⁹ *Ibid.*, §§ 69-78.

²¹⁵⁰ Ce pourrait être notamment le cas du malade mental privé de liberté, sans que le droit interne ne soit respecté et sans qu'il ne soit informé des causes de son hospitalisation, si le tribunal devait annuler pour cause d'illégalité l'acte prononçant l'internement. La Commission avait considéré que dans un tel cas le non-respect des formalités légales avait été en substance reconnu par les autorités nationales et réparé par l'annulation dudit acte, CommEDH, req. 18578/91, A. B. c. France, §§ 13-15.

²¹⁵¹ CourEDH, affaire *Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990, § 38. Dans l'affaire *Keus c. Pays-Bas*, la Cour n'a pas conclu à la violation de l'art. 5 CEDH et, partant, elle n'a pas statué sur l'al. 5, CourEDH, affaire *Keus c. Pays-Bas*, arrêt du 25 octobre 1990, § 29.

²¹⁵² Voir, notamment, CourEDH, affaire *R. L. et M.-J. D. c. France*, arrêt du 19 mai 2004, §§ 134-138, où la Cour a rappelé que le remède que les autorités internes doivent mettre à disposition pour obtenir réparation du chef d'une détention non conforme à l'art. 5 CEDH doit être «efficace, suffisant et accessible».

notamment d'un système de répartition de compétences extrêmement complexe entre le juge civil et le juge administratif. Dans le système français, par exemple, le malade mental doit distinguer violation de «forme» et violation de «fond» pour obtenir une réparation à la suite d'un internement abusif. Si l'irrégularité relève de la légalité dite «externe», à savoir du non-respect des règles formelles – comme notamment l'insuffisance de motivation de la décision d'hospitalisation – il appartient au juge administratif de statuer. Si, en revanche, l'irrégularité relève de la légalité dite «interne», à savoir du non-respect de conditions de fond – comme par exemple la mauvaise appréciation de la nécessité de maintenir le malade mental en détention – il appartient au juge civil de décider, le prétendu préjudice touchant directement la garantie de la liberté individuelle²¹⁵³. Jugeant d'un tel système, la Commission avait conclu, cependant, à l'absence de violation de l'art. 5 al. 5 CEDH²¹⁵⁴.

Il convient de relever que la question de la conventionalité d'éventuelles limites restreignant de manière excessive l'exercice du droit à une réparation pourrait être traitée sous l'angle de l'art. 6 CEDH et non pas de l'art. 5 al. 5 CEDH.

Dans l'affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*²¹⁵⁵, la Cour était confrontée à l'application de la législation de 1959 qui consacrait le droit du malade mental d'intenter une action en responsabilité civile extracontractuelle contre les responsables de la détention. Ce droit n'existait que sous réserve de l'immunité de juridiction dont jouissait le personnel de santé mentale. Cette immunité ne pouvait être levée qu'avec l'accord de la Cour suprême. Un tel accord n'était toutefois donné qu'en cas de mauvaise foi ou de négligence de la personne visée. Ce critère était strictement subjectif. Si la personne mise en cause avait agi honnêtement, c'est-à-dire de bonne foi, dans le dessein de remplir de son mieux ses fonctions ou obligations légales, les mesures entreprises étaient réputées licites et l'immunité de juridiction n'était pas levée. Le but recherché par cette législation était d'éviter aux personnes chargées du traitement des malades mentaux le risque d'actions en justice abusives et répétées²¹⁵⁶. Le requérant se plaignait des limites inadmissibles à l'exercice de son droit à une réparation posées par la législation précitée. Il considérait que ces limites violaient son droit à l'accès à un tribunal tel que garanti par l'art. 6 CEDH.

²¹⁵³ Pour un aperçu du système, DOURAKI (I), pp. 290-298 ainsi que les références citées et CourEDH, affaire *Delbec c. France*, arrêt du 18 juin 2002, § 21.

²¹⁵⁴ CommEDH, req. 18526/91, J.-C. C. c. France, § 68.

²¹⁵⁵ CourEDH, affaire *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985.

²¹⁵⁶ *Ibid.*, § 17. La législation irlandaise, et plus particulièrement l'art. 260 du Mental Health Act de 1945, soulevait un problème similaire. L'action en responsabilité contre la personne ayant ordonné l'hospitalisation forcée était le seul droit à réparation dont disposait le malade et était conditionné à l'établissement *prima facie* par la Cour suprême que la personne visée avait agi de mauvaise fois ou avec négligence, CommEDH, req. 24196/94, *Mary O'Reilly c. Irlande*, § 20.

La Cour a toutefois rejeté ces griefs²¹⁵⁷. L'élément déterminant a sans doute été l'entrée en vigueur de la nouvelle législation en matière de santé mentale peu après la survenance des faits dont la Cour avait été saisie²¹⁵⁸. Selon la nouvelle législation, encore en vigueur aujourd'hui, l'immunité de juridiction est clairement limitée au personnel médical, excluant ainsi les autorités administratives et sanitaires. La nécessité de solliciter une autorisation pour agir à l'encontre d'une personne déterminée subsiste. L'obligation pour le requérant de convaincre le juge de l'existence d'un «motif valable», montrant la mauvaise foi ou la négligence du poursuivi, a toutefois été supprimée²¹⁵⁹.

L'affaire Ashingdane précitée soulève la question de savoir si le droit à réparation est un droit civil au sens de l'art. 6 CEDH. Le requérant soutenait que les actions qu'il voulait exercer étaient des «droits à caractère civil»²¹⁶⁰, ce que le Gouvernement, bien évidemment, contestait²¹⁶¹. La Cour n'a pas tranché. D'après elle, eu égard à la solution au fond, il n'était pas nécessaire de décider sur une telle controverse²¹⁶². La Cour a néanmoins consacré trois pages à la motivation sur le fond, de sorte que l'irrecevabilité *ratione materiae* de l'art. 6 CEDH dans ce domaine n'était à l'époque pas manifeste.

Aujourd'hui, il est incontesté que l'exercice de l'action en responsabilité, y compris à l'encontre des autorités étatiques, relève du droit civil au sens de la Convention²¹⁶³.

En effet, dans l'affaire H. c. France²¹⁶⁴, relative à la durée – en l'espèce jugée déraisonnable – de l'examen par les autorités administratives françaises de l'action en responsabilité civile déposée à l'encontre d'un hôpital public à la suite d'une erreur dans le diagnostic de maladie mentale et dans le traitement administré, la Cour n'a pas hésité à admettre l'application de l'art. 6 CEDH²¹⁶⁵. Ultérieurement, à l'occasion de l'affaire Tomasi c. France²¹⁶⁶, elle a même étendu la portée de cette disposition en décidant que le droit à réparation revêt un caractère civil, même s'il est exercé devant des juridictions pénales par un ex-détenu²¹⁶⁷.

²¹⁵⁷ CourEDH, affaire Ashingdane c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985, § 60.

²¹⁵⁸ Ibid., §§ 55-58 et l'art. 139 du Mental Health Act (1983) du Royaume-Uni.

²¹⁵⁹ Pour en savoir plus, THOROLD, p. 633.

²¹⁶⁰ CourEDH, affaire Ashingdane c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985, § 53.

²¹⁶¹ Ibid., § 54

²¹⁶² Ibid.

²¹⁶³ Dans ce sens, VELU et ERGEC qui relèvent au surplus que la Cour «épouse résolument l'acception matérielle de la notion de *droits et obligations de caractère civil* n'ayant égard qu'à la nature du droit en cause», VELU/ERGEC, pp. 378-380 ainsi que la jurisprudence et la casuistique citées.

²¹⁶⁴ CourEDH, affaire H. c. France, arrêt du 24 octobre 1989.

²¹⁶⁵ Ibid., § 47.

²¹⁶⁶ CourEDH, affaire Tomasi c. France, arrêt du 27 août 1992.

²¹⁶⁷ Ibid., § 121.

La Commission avait par ailleurs appliqué cette jurisprudence dans un cas relatif à un internement irrégulier²¹⁶⁸. Le Gouvernement avait soutenu l'inapplicabilité de l'art. 6 CEDH au motif que «même si l'action [en réparation] portée devant les juridictions internes avait un objet patrimonial – obtenir réparation d'un internement irrégulier –, le caractère civil du droit faisait défaut pour toute procédure relative à un internement en hôpital psychiatrique»²¹⁶⁹. La Commission, en revanche, avait estimé que si le requérant – comme c'était le cas en l'espèce – dépose une plainte avec constitution de partie civile pour obtenir la réparation du préjudice découlant de son internement, l'art. 6 CEDH s'applique²¹⁷⁰.

Ce qui précède rend possible pour les malades l'accès direct, dans un domaine toutefois clairement circonscrit et limité, à la disposition de procédure la plus riche et la plus complète de la Convention²¹⁷¹.

Le TF considère également que les garanties de l'art. 6 CEDH, notamment celle de la célérité et celle de l'assistance judiciaire, s'appliquent aux procédures se fondant sur l'art. 5 al. 5 CEDH²¹⁷².

Quoi qu'il en soit, le grief de la violation de l'art. 5 al. 5 CEDH à la suite d'une hospitalisation forcée injustifiée est rare.

TRECHSEL explique ce constat en indiquant que le droit à une réparation fait double emploi avec le droit à une satisfaction équitable²¹⁷³. DOURAKI semble partager cette opinion. Elle prétend que, quand la question de la réparation d'un dommage se pose, la voie de la satisfaction équitable en application de l'art. 41 (anciennement 50) CEDH est suivie de manière préférentielle, probablement car cette disposition permet d'obtenir le remboursement des frais et dépens²¹⁷⁴.

Nous croyons que les raisons du faible nombre des décisions conventionnelles en la matière peuvent être multiples. Le domaine de la réparation pour une victime d'une détention/hospitalisation illicite relève exclusivement des ordres juridiques internes²¹⁷⁵ et est souvent méconnu du justiciable.

²¹⁶⁸ CommEDH, req. 20282/92, G. B. c. France.

²¹⁶⁹ Ibid., § 3.

²¹⁷⁰ Ibid.

²¹⁷¹ Voir également, CourEDH, affaire Bouilly c. France, arrêt du 7 décembre 1999. Dans cette affaire, la Cour a appliqué l'art. 6 CEDH à la procédure administrative intentée par la requérante pour obtenir l'indemnisation du préjudice qu'elle avait subi, d'une part, du fait de la destruction de son dossier médical et, d'autre part, en raison du retard dans la communication de ces documents.

²¹⁷² ATF 118 la 101 ainsi que ATF du 26 juin 1991 [5P.44/1991] en la cause V c. canton Zurich, consid. 3a-d.

²¹⁷³ TRECHSEL (5), p. 342.

²¹⁷⁴ DOURAKI (1), p. 350.

²¹⁷⁵ Dans ce sens, TRECHSEL (5), p. 342.

Exception étant faite pour la Convention et le Pacte II²¹⁷⁶, les autres textes internationaux en vigueur ne traitent pas du droit à une réparation. Le projet DAES était le seul à consacrer le droit de tout patient à une réparation effective ordonnée par un tribunal compétent pour tout acte relevant du droit civil ou du droit pénal ainsi que pour toute négligence ou tout traitement contrevenant aux dispositions des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, à l'éthique juridique ou médicale²¹⁷⁷. Il s'agissait d'un droit à une réparation, dont la portée était bien plus large que le droit garanti par l'art. 5 al. 5 CEDH, puisqu'il comprenait toute violation des droits du malade mental. Il était prévu que cette garantie devait être codifiée dans les constitutions internes²¹⁷⁸, alors que dans la plupart des ordres juridiques internes, le droit à réparation est réglé par la loi²¹⁷⁹. Ce n'est pas étonnant que cette proposition n'ait pas été reprise dans la version définitive des Principes des Nations Unies.

S'agissant des droits nationaux, en Suisse, par exemple, le droit fédéral prévoit que toute personne lésée par une privation de liberté illégale a droit à une indemnité à titre de dommages et intérêts²¹⁸⁰. Cette règle vaut également pour les privations de liberté à des fins d'assistance. Dans le cadre d'une telle action, il est même possible d'alléguer que la procédure d'hospitalisation n'a pas été conduite rapidement²¹⁸¹. A Genève, la Constitution contient une disposition prévoyant l'allocation de dommages intérêts à toute détention – respectivement prolongation de la détention – illégale et indique un montant minimum de 150 CHF par jour de détention illicite²¹⁸². Cette disposition ne fait pas directement référence aux malades mentaux et, du point de vue systématique, elle se trouve dans un chapitre consacré au domaine pénal. L'hospitalisation forcée demeure néanmoins une détention. Ainsi, l'article constitutionnel devrait pouvoir s'appliquer par analogie à une hospitalisation forcée illégale ou irrégulière. Le malade mental ne pourra cependant pas être indemnisé pour une hospitalisation forcée «à tort» mais pas illicite. Une telle indemnisation, en revanche, est prévue par le code de procédure genevois pour les accusés, détenus ou poursuivis à tort, ayant bénéficié d'un

²¹⁷⁶ Art. 9 al. 5 du Pacte II.

²¹⁷⁷ Art. 46 al. 1 première phrase, Projet DAES.

²¹⁷⁸ Ibid.

²¹⁷⁹ Notamment, ATF du 12 novembre 1997 [1P.263/1997] en la cause M. c. canton Genève, consid. 5 en ce qui concerne le droit fédéral. Il convient néanmoins de préciser que, dans la majorité des cantons suisses, le principe du droit à une réparation est inscrit dans les constitutions cantonales, *ibid.* consid. 4.

²¹⁸⁰ Art. 429a CCS. Le TF a laissé ouverte la question de savoir s'il existe concurrence de prétentions, «*Anspruchskonkurrenz*», entre cette disposition et l'art. 5 al. 5 CEDH, ATF 118 II 254 consid. 2.

²¹⁸¹ ATF 109 Ia 169; ATF 110 Ia 140 et ATF 125 Ia 394.

²¹⁸² Art. 36 de la Constitution genevoise A 2 00.

non-lieu ou d'un acquittement²¹⁸³. Cette indemnité est allouée indépendamment du caractère illicite de la détention et de la poursuite²¹⁸⁴. Il ne s'agit dès lors pas d'un droit à réparation au sens de l'art. 5 al. 5 CEDH. Le système conventionnel ne consacre pas un droit de réparation en cas de détention licite mais injustifiée²¹⁸⁵. Il s'ensuit qu'à Genève une personne victime d'un diagnostic d'aliénation et de dangerosité hâtif, qui ne serait pas illicite ou irrégulier, ne pourra invoquer à son secours ni les dispositions cantonales ni le droit fédéral ni le droit conventionnel²¹⁸⁶.

En résumé, un malade mental hospitalisé de force en violation des règles nationales et/ou conventionnelles a le droit d'obtenir réparation du préjudice moral et matériel qu'il a pu subir. Le droit national qui ne le permettrait pas – ou qui ne le permettrait que partiellement – se trouverait en flagrante violation de la Convention. Il devrait en aller de même dans l'hypothèse où l'exercice de ce droit serait subordonné à la réalisation de conditions particulièrement exigeantes. Relevons à nouveau qu'il est regrettable que les textes, internationaux ou nationaux, traitant spécifiquement de la protection du malade mental, ne codifient pas expressément ce droit. Ces textes se reposent en quelque sorte sur les lois plus générales relatives à la responsabilité de l'Etat, qui sont moins facilement accessibles pour le patient psychiatrique. Ces lois exigent par ailleurs, en général, l'existence d'une faute. Or, l'art. 5 al. 5 CEDH instaure une responsabilité objective qui ne nécessite que le manquement aux conditions de légalité et de régularité de l'hospitalisation.

En bref, en sus du droit de recours juridictionnel garanti par l'art. 5 al. 4 CEDH, d'autres voies de droit s'ouvrent au malade mental hospitalisé de force souhaitant invoquer la violation de ses libertés fondamentales. Si le placement a des effets directs ou indirects sur sa capacité civile, son droit de gérer son patrimoine, son droit de jouir d'une bonne réputation, son droit de recevoir des visites et son droit au secret médical, le malade mental peut avoir recours à l'art. 6 CEDH. Cette disposition s'applique également pour le malade mental délinquant tout au long de l'information pénale dirigée à son encontre, et ce jusqu'à une éventuelle décision d'internement. Dans la mesure où les griefs n'ont pas trait à la procédure d'hospitalisation proprement dite, le malade peut encore se prévaloir du droit de plainte garanti notamment à

²¹⁸³ Art. 379 al. 1 du Code genevois de procédure pénale E 4 20.

²¹⁸⁴ ATF du 12 novembre 1997 [IP.263/1997] en la cause M. c. canton Genève, consid. 1 à 6 et les références citées. Pour un aperçu, HOTTELIER, pp. 55-70.

²¹⁸⁵ CourEDH, affaire Masson c. Pays-Bas, arrêt du 28 septembre 1995, § 49.

²¹⁸⁶ Le TF a par ailleurs jugé que les prétentions en responsabilité contre l'Etat pour privation illégale de liberté se fondent exclusivement sur le droit fédéral à savoir l'art. 429a CCS et qu'il n'y pas de place pour des dispositions de droit cantonal, y compris si celles-ci devaient être plus favorables pour l'intéressé, ATF 121 III 204.

l'art. 13 CEDH. Tel est en particulier le cas s'agissant des conditions de détention et/ou des sanctions disciplinaires prononcées pendant le placement. Par ailleurs, une tendance à ouvrir la voie de la plainte pour n'importe quel fait survenu lors de l'hospitalisation forcée est en train de voir le jour au sein des ordres juridiques nationaux. En dernier ressort, le malade, victime d'une privation de liberté en violation en particulier des exigences posées aux al. 1 à 4 de l'art. 5 CEDH et/ou du droit interne, peut obtenir une indemnisation pour le dommage matériel ou moral subi.

Conclusion

Un exercice adéquat du droit de recours juridictionnel constitue le seul moyen dont bénéficie le malade mental pour obtenir un contrôle incisif de la régularité d'une mesure privative de liberté. Un tel contrôle doit porter sur la justification matérielle de la mesure précitée et doit être impérativement exercé devant un organe indépendant et impartial. Il convient que cet organe soit à même d'assurer une participation effective de l'intéressé à la procédure et d'ordonner, le cas échéant, une libération immédiate. Le malade mental a le droit d'être assisté par un avocat, d'être entendu et de se déterminer sur les expertises médicales à charge. Ces garanties fondamentales de procédure connaissent aujourd'hui un vif développement de leur portée et sont accompagnées d'autres garanties, moins importantes mais néanmoins utiles, telles que le droit à un conseiller accompagnant.

Cela n'est toutefois pas suffisant afin de garantir une protection sans failles du malade mental. Celui-ci doit également être présumé sain d'esprit jusqu'à preuve du contraire. La mesure privative de liberté ne saurait, sauf circonstances exceptionnelles, affecter de manière directe ou indirecte la capacité civile du malade mental, son droit de refuser et/ou de consentir au traitement ainsi que son droit d'accès au dossier médical. De plus, le malade mental, en cas de violation de ses libertés fondamentales, doit pouvoir obtenir réparation du tort moral et du dommage matériel subis.

Il serait souhaitable que le droit de plainte de tout malade mental puisse s'étendre à toutes les questions relatives à l'hospitalisation.

En vue de consacrer au mieux les principes de l'accessibilité et de la sécurité du droit, il conviendrait de regrouper dans un seul texte l'ensemble des conditions régissant l'hospitalisation du malade mental, délinquant ou non, droit formels et matériels inclus. A cet égard, la loi néo-zélandaise est un exemple à suivre. Elle régit l'ensemble des éléments pertinents, tels que définitions des diverses notions, conditions d'internement, voies de recours, droits de forme comme de fond et procédures pour s'en prévaloir²¹⁸⁷.

²¹⁸⁷ Les Lois de la Nouvelle-Zélande N° 46 du 15 juin 1992 ainsi que N° 140 de 1999.

Conclusion générale

La notion de malade mental n'existe pas en tant que telle en droit. Elle intervient en relation avec les conséquences juridiques, dont notamment le prononcé d'un placement forcé, découlant de l'état psychique grave et dangereux d'une personne donnée. Le droit national ou international se réfère alors à une notion de malade mental, comme l'enseigne la psychiatrie, à la fois objective, subjective et évolutive.

Cette notion est «*objective*», car l'expertise médicale établissant l'aliénation à l'attention des autorités compétentes se rapporte nécessairement aux classifications scientifiques des différents troubles psychiques dressés par la psychiatrie. Cela signifie notamment que la notion juridique de malade mental englobe l'ensemble des individus souffrant d'une altération mentale, quand bien même les cas intéressant le droit concernent le plus souvent les malades atteints de formes graves de psychoses, névroses ou psychopathies.

La notion de malade mental est également «*subjective*», car l'expertise médicale préconisant l'internement, nonobstant le fait qu'elle se fonde sur la nosologie médicale, demeure principalement l'œuvre d'experts psychiatres qui détermineront s'il existe une altération psychique d'une ampleur propre à légitimer l'internement. En raison de la particularité du diagnostic psychiatrique, les jugements et les expériences de ces experts joueront un rôle prépondérant. Les juges devront s'en accommoder et même parfois prendre position sur des expertises contradictoires.

La notion de malade mental est enfin «*évolutive*», car les affections mentales, principalement celles d'origine non-organique, constituent en partie une réaction aux conditions humaines sociales et affectives de l'environnement du malade. Or, ces conditions évoluent au cours du temps, ce qui entraîne la disparition de certains troubles et l'apparition d'autres. Notons que la recherche, le traitement psychiatrique et l'attitude de la communauté envers les malades progressent de la même manière. Poussant le raisonnement à l'extrême, certains au sein du Conseil de l'Europe n'ont pas manqué de relever qu'«étant donné l'évolution rapide de la médecine, on peut imaginer que, dans un avenir assez proche, un grand nombre de troubles mentaux que nous considérons aujourd'hui comme des maladies mentales n'apparaîtront plus que comme de simples maladies relevant de la médecine générale. Il est possible que le statut du malade mental disparaisse et que le psychiatre devienne un médecin ordinaire. La législation et les établissements devraient suivre la même évolution»²¹⁸⁸. Le développement des traitements forcés dans

²¹⁸⁸ Rapport sur la situation des malades mentaux, Conseil de l'Europe, Doc. 4014, p. 26.

des services psychiatriques ouverts ou dans des centres médicaux/sociaux diurnes, en lieu et place de la classique hospitalisation d'office, semble être l'illustration d'une telle évolution. Les critères juridiques de la notion de malade mental n'y échappent pas non plus. Le critère sociologique fait référence à «des normes prépondérantes dans une société donnée» et indique ainsi que ces normes sont fluctuantes et évoluent avec la société. Il en va de même du danger visé par le critère de dangerosité, particulièrement lorsque ce danger a trait à la notion d'ordre public, qui est une notion protéiforme et sujette à changements, car dépendante des exigences évolutives de la société. Le déviant d'aujourd'hui ne sera peut-être donc pas celui de demain, et le comportement considéré actuellement comme dangereux ne le sera peut-être plus à l'avenir.

La rapidité avec laquelle la psychiatrie évolue constitue sans aucun doute l'obstacle le plus important à une protection efficace des malades mentaux, car «même quand la législation a suivi les progrès de la médecine, un écart subsiste dans l'application, en partie à cause des préjugés des pouvoirs publics, et en partie à cause de la volonté de satisfaire une opinion publique mal informée»²¹⁸⁹. La jurisprudence conventionnelle l'a démontré clairement, principalement lors des affaires concernant la détention des délinquants aliénés. En présence de tels malades, la balance penche encore en faveur de la protection de la société. La notion de caractère incurable de leurs troubles mentaux voit à nouveau le jour dans certaines législations. Tel est le cas notamment en Suisse, où une initiative populaire préconisant l'internement à vie des malades mentaux délinquants ayant perpétré des crimes particulièrement graves a été acceptée par le peuple et deviendra bientôt un article de loi.

Afin d'essayer de faciliter l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes, une définition uniforme de la notion de malade mental se dessine dans la majorité des textes nationaux et internationaux. Cette définition contient les conditions minimales essentielles pour une protection efficace du malade hospitalisé ou candidat à l'hospitalisation et combine souplesse psychiatrique et rigueur juridique.

Cette définition explique ce qu'est un malade mental.

Doit être qualifié de malade mental tout individu, délinquant ou non, souffrant d'une maladie mentale établie d'après les normes médicales acceptées sur le plan international et qui altère si gravement sa santé mentale qu'elle constitue un danger réel et sérieux pour lui-même ou pour autrui. L'inadaptation aux valeurs morales, sociales, religieuses, politiques ou autres ne peut être en soi considérée comme une maladie mentale.

²¹⁸⁹ Ibid., p. 13.

Cette définition indique également ce qu'il faut comprendre par danger pour soi-même et pour autrui et souligne le but thérapeutique de l'hospitalisation forcée.

Le danger que le malade mental se suicide, porte gravement atteinte à son intégrité physique ou compromette gravement son état de santé constitue le seul danger pour soi-même devant être pris en compte. L'absence de consentement à se soumettre à un traitement ne justifie pas en soi un traitement forcé. Seul le danger relatif à des actes perturbant gravement l'ordre public ou représentant des menaces graves pour la vie et l'intégrité d'autrui est admis en tant que danger pour autrui. La destruction des biens appartenant à autrui ne doit être prise en considération qu'exceptionnellement, dans la mesure où il y a de bonnes raisons de croire que la maladie de l'individu concerné pourra évoluer au point de le rendre dangereux également pour autrui. L'acte dangereux que l'on craint – qu'il concerne le malade mental lui-même ou autrui – doit être immédiat ou imminent. Il convient d'interpréter restrictivement la prévisibilité de l'acte dangereux et il appartient aux autorités d'en apporter la preuve. Une fois réalisé, l'acte dangereux n'entraîne pas une présomption de dangerosité. Seul le risque sérieux de récurrence, fondé sur l'histoire personnelle du malade mental et justifié, eu égard notamment aux actes de violence graves très récents et à un état mental encore sérieusement atteint, doit être pris en considération. Quel que soit le danger à prévenir, le placement dans un établissement approprié fermé doit être ordonné dans un but exclusivement thérapeutique et, dans la mesure du possible, être exécuté dans l'établissement le plus adéquat à l'évolution de l'état du malade, afin de garantir une éventuelle réinsertion. Il est impératif de libérer le malade aussitôt que son état le permet.

Les principes qui précèdent sont désormais reconnus. Leur application à un cas particulier ne suscite plus – en principe à tout le moins – les vives discussions d'il y a une vingtaine d'années. Cela étant restent encore quelques progrès à accomplir. Il serait souhaitable d'adopter une plus grande fermeté dans le contrôle des procédures d'urgence au lieu d'accepter presque aveuglément le recours à une présomption de dangerosité, en dépit de son caractère réfragable, sans établissement d'un certificat médical adéquat. Un tel contrôle est en particulier nécessaire quand la durée de la privation de liberté dépasse quelques heures. Il serait également souhaitable d'imposer aux autorités l'obligation de garantir le suivi médical le plus adéquat qui soit à l'état de santé du malade mental et de transférer sans tarder le malade mental dans un établissement apte à garantir un tel suivi si le lieu de détention originaire n'est pas en mesure de le faire. Il conviendrait enfin que les enfants puissent être protégés contre une hospitalisation à la demande du parent détenteur de la *patria potestas*. Relevons que ces questions, qui restent

ouvertes au plan international, ont déjà été en grande partie résolues au sein des ordres juridiques nationaux.

Les textes et la casuistique jurisprudentielle, à l'échelle internationale comme nationale, se focalisent désormais sur les droits procéduraux du malade mental.

Les droits procéduraux permettent au malade mental de s'assurer que les conditions de légalité et de régularité fondant son placement ont effectivement été remplies et continuent à l'être. Ces mêmes droits garantissent une participation appropriée du malade mental au processus aboutissant à sa privation de liberté. Ils précisent également la véritable portée des conditions précitées. A ce titre, ils font partie intégrante de la procédure d'hospitalisation et de son contrôle juridictionnel.

Le droit au contrôle juridictionnel, qui s'exerce à l'encontre de la décision d'hospitalisation mais également pendant l'exécution de celle-ci, constitue le noyau dur de ces droits procéduraux. Ce contrôle doit être effectué d'office à l'échéance d'un délai raisonnable et/ou à la requête du malade mental. La procédure doit être rapide, gratuite – ou à tout le moins peu onéreuse – et facile d'accès pour le malade mental. L'autorité de contrôle doit siéger dans une composition respectant les principes d'indépendance et d'impartialité. Elle doit pouvoir revoir avec un libre pouvoir d'examen l'ensemble des éléments de la cause et ordonner, le cas échéant, la libération immédiate du malade mental. De plus, le double degré de juridiction devrait être garanti.

Il convient que le malade mental, dûment informé, soit assisté d'un avocat de son choix et, éventuellement de son conseiller accompagnant. Le malade mental doit bénéficier d'un accès aussi complet que son état mental le permet à son dossier, en particulier au dossier médical, y compris les notes personnelles du médecin. Il doit être entendu en personne et/ou assister à l'audience. Une voie de recours devrait être ouverte au malade mental lorsque sa participation personnelle est refusée, puisqu'elle est déconseillée du point de vue thérapeutique. Le malade mental doit également être en mesure de contester la ou les expertises à charge et de produire une contre-expertise établie par un médecin de son choix. Ce médecin ne doit pas nécessairement être un psychiatre. En effet, l'expertise d'un médecin généraliste traitant le malade mental depuis longtemps devrait être recevable. Du fait de l'autorité scientifique du diagnostic psychiatrique, le pouvoir d'appréciation du juge en relation avec les conclusions de l'expert psychiatre est en réalité restreint. Le juge peut néanmoins s'en départir à certaines conditions notamment si le but visé est de garantir la sécurité publique.

A côté de ces droits formels – auxquels il convient d'ajouter le droit à réparation pour le dommage matériel et le tort moral subis du fait d'une hospitalisation arbitraire –, le malade mental jouit de droits matériels dont

l'application soulève une série de questions, la plupart pas encore résolues. Parmi ces droits figurent notamment le droit à des conditions d'hospitalisation adéquates – y compris le droit à l'interdiction de certaines formes de contrainte comme l'isolement et la camisole de force –, le droit au traitement librement consenti et approprié – ce qui interdit aujourd'hui le recours à la lobotomie et à l'électrochoc –, le droit au respect de la vie privée, le droit au mariage, le droit à l'épanouissement sexuel et à la vie familiale – ce qui prohibe notamment les pratiques eugénistes²¹⁹⁰ –, le droit au respect du secret médical et d'autres encore. La problématique des droits matériels du malade mental est vaste et va au delà du cadre de notre étude. Elle se situe, en effet, en partie en marge de la procédure d'hospitalisation forcée en tant que telle et soulève d'autres questions comme celle de savoir s'il convient de privilégier l'assimilation des patients psychiques aux patients ordinaires ou plutôt prôner une sorte de «discrimination positive».

En son temps, le Juge PETTITI a affirmé que «dans un domaine aussi délicat que celui de l'internement psychiatrique, dans le cadre de la Convention, notamment au titre de l'article 5, on doit marquer une vigilance sans défaut pour éviter les déviations des systèmes législatifs et des structures hospitalières [...]. Or, en raison même de la vulnérabilité de ceux qui font l'objet de décisions d'internement, la protection de l'article 5 doit jouer pleinement»²¹⁹¹. Il est désormais acquis que «la situation d'infériorité et d'impuissance qui caractérise les patients internés dans des hôpitaux psychiatriques appelle une vigilance accrue dans le contrôle du respect de la Convention»²¹⁹².

Cette vigilance accrue s'exerce avant tout au plan national. Il n'est en effet pas rare que ce soient des législations internes progressistes qui inspirent les cercles internationaux qui à leur tour influencent d'autres législations internes moins réceptives aux droits des malades mentaux. Il s'agit là d'une interaction indispensable à une protection universelle de ces malades.

²¹⁹⁰ A ce sujet, MASMEJAN D., Une loi pour encadrer strictement les stérilisations forcées, *Le Temps*, 28 mars 2002. Cet auteur évoque notamment les pratiques eugénistes qui, en Suisse, de 1890 à 1970, ont frappé les malades mentaux et rappelle que, jusqu'en 1985, la législation vaudoise permettait d'ordonner la stérilisation forcée des infirmes et des malades mentaux. Relevons encore l'existence d'une Loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation des personnes en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2005. Le but proclamé de ce texte est d'empêcher la répétition des pratiques eugénistes précitées qui apparaissent aujourd'hui comme abusives. Le législateur suisse a cependant rejeté la Loi fédérale qui visait à indemniser les malades qui, par le passé, avaient été victimes d'une stérilisation arbitraire. Voir également, DUMOULIN, pp. 298-305 qui fait un tour d'horizon de la législation suisse en vigueur avant le 1^{er} juillet 2005 ainsi que <http://www.ofj.admin.ch/themen/sterilisation/intro-f.htm>.

²¹⁹¹ CourEDH, affaire Nielsen c. Danemark, arrêt du 28 novembre 1988, opinion dissidente du Juge PETTITI.

²¹⁹² CourEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, arrêt du 24 septembre 1992, § 82.

Dans le domaine de la santé mentale les changements exigent parfois une longue période d'incubation, mais ils se produisent toujours tôt ou tard. La Belgique, la France et le Royaume-Uni, notamment, ont modifié leurs lois sur l'hospitalisation involontaire en tirant les enseignements de la jurisprudence strasbourgeoise. Au Danemark, l'affaire Nielsen a influencé favorablement la Loi de 1992 relative aux admissions spéciales dans les hôpitaux psychiatriques. L'autorisation du juge est désormais nécessaire pour placer un enfant âgé d'au moins douze ans si les deux parents se sont opposés à la mesure et, surtout, si l'intéressé ne manifeste aucun signe d'acquiescement à son placement²¹⁹³.

Il est, enfin, opportun de réitérer que, dans notre domaine d'étude, le droit ne doit intervenir qu'en dernier recours. Il doit viser à établir un cadre protecteur auquel il convient de se référer essentiellement en cas de conflit entre le malade mental et les autorités médicales. Ce cadre permet de garantir une certaine autonomie au malade mental, mais il n'est en aucun cas suffisant et/ou adéquat pour améliorer efficacement son état psychique. Il peut même constituer une entrave à cette amélioration, notamment si la libération est ordonnée trop tôt.

Le partenariat entre les médecins et le malade mental doit rester dans la mesure du possible prioritaire et préservé de l'ingérence du droit. Il est à cet égard heureux de constater que dans la plupart des pays le nombre d'hospitalisations involontaires a considérablement baissé ces dernières années alors que, dans le même temps, le nombre des hospitalisations volontaires, plus courtes et thérapeutiquement plus adaptées, a, quant à lui, augmenté. Tel est notamment le cas en Suisse et plus particulièrement à Genève, où, sur l'ensemble des hospitalisations psychiatriques, le nombre d'hospitalisations forcées a baissé en dix ans de 65% à 55%²¹⁹⁴.

Il est de plus en plus courant que le placement involontaire se transforme en cours d'exécution en placement volontaire, le patient se rendant compte de la gravité de son affection et se montrant ainsi disposé à instaurer un vrai «dialogue thérapeutique» avec les responsables de l'établissement psychiatrique de placement. Cette recherche de dialogue explique peut-être en partie la baisse du nombre de recours interjetés contre les décisions d'hospitalisation forcée. Toujours à Genève, en 2002, seuls cinquante recours ont été déposés pour deux mille hospitalisations non volontaires prononcées. De ces cinquante recours, vingt ont été retirés avant d'être définitivement jugés²¹⁹⁵.

²¹⁹³ La Loi danoise du 29 décembre 1992 relative aux admissions spéciales dans les hôpitaux psychiatriques.

²¹⁹⁴ BRIEL P., L'internement psychiatrique forcé: une mesure de moins en moins fréquente mais inévitable, *Le Temps*, 10 janvier 2003.

²¹⁹⁵ *Ibid.*

En somme, il est acquis que les moyens de droit du patient psychique doivent être garantis et développés. Les moyens mis à disposition de la psychiatrie doivent néanmoins également bénéficier d'un développement similaire, voire plus poussé. Ce développement doit permettre de mettre en place des structures thérapeutiques adéquates, notamment des services ambulatoires aptes à prendre en charge le patient au moment où la crise surgit. Ces services pourraient faire office de filtre à l'internement et de soutien à la réintégration. Ils permettraient en particulier d'instaurer le dialogue thérapeutique dans un cadre moins coercitif et brutal afin d'atteindre le seul but à poursuivre, à savoir l'amélioration de l'état de santé du malade mental et sa réintégration effective dans notre société.

Bibliographie

Ouvrages

- ALLARD, G. H., (Ed.), *Aspects de la marginalité au Moyen-Age*, Montréal, 1975.
- ALSTON, Ph., (Ed.), *The United Nations and the Human Rights*, Oxford, 1992.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 2^e éd., Paris, 1992 (DSM-III-R).
- IDEM*, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, texte révisé, version internationale avec les codes CIM-10, 4^e éd., Paris, 2003 (DSM-IV-TR).
- ANCEL, M., avec la collaboration de MARX, Y., *Les codes pénaux européens: présentés dans leur texte actuel, avec une notice spéciale sur chaque code et une introduction comparative générale*, Paris, 1981.
- BADINTER, E., *X Y De l'identité masculine*, Paris, 1992.
- BARDENAT, Ch.; POROT, A., *Psychiatrie médico-légale*, Paris, 1960.
- BARUK, H., *Précis de psychiatrie et de clinique psychophysiologique-thérapeutique*, Paris, 1950.
- BEAN, Ph., *Mental Disorder and Legal Control*, Cambridge, 1984.
- IDEM*, *Mental Illness: Changes and Trends*, New-York, 1983.
- BEN-ARON, M.; HUCKER, S.; WEBSTER, Ch., (Ed.), *Dangerousness: Probability and Prediction*, Psychiatry and Public Policy, Cambridge, 1985.
- BERGER, V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8^e éd., Paris, 2002.
- BERSIER, R., *Contribution à l'étude de la liberté personnelle: l'internement des aliénés et des asociaux; la stérilisation des aliénés*, Thèse, Lausanne, 1968.
- BLOCH, S.; CHODOFF, P., (Ed.), *Psychiatric Ethics*, 2nd Ed., Oxford, 1993.
- BLUGLASS, R.; ROTH, M., *Psychiatry, Human Rights and the Law*, Cambridge, 1985.
- BORGHI, M., (Ed.), *La législation sociopsychiatrique: un bilan*, Fribourg, 1992 (BORGHI 1).
- IDEM*, *Diritto e devianza, uno studio sul rapporto fra la libertà personale e l'assistenza sociopsichiatrica situato nel contesto storico-sociologico, semio-logico e giuridico psichiatrico in una prospettiva legislativa fondata sul*

- diritto internazionale e comparato e sulla legge federale svizzera del 6 ottobre 1978, Thèse, Fribourg, 1980 (BORGHI 2).
- BOSSUYT, M., Guide to the «travaux préparatoires» of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht, 1987.
- BOUZAT, P.; PINATEL, J., Traité de droit pénal et de criminologie, Tome II et III, 2^e éd., Paris, 1970.
- BUERGENTHAL, Th.; KISS, A., La protection internationale des droits de l'homme, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1991.
- BUERGENTHAL, Th.; NORRIS, R.; SHELTON, D., Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems, 3rd. Ed., Kehl/Strasbourg/Arlington, 1990.
- CAMPBELL, T.; HEGINBOTHAM, Ch., Mental Illness: Prejudice, Discrimination and the Law, Dartmouth, 1991.
- CASTBERG, F.; OUCHTERLONY, T.; OPSAHL, T., The European Convention on Human Rights, Leyden, 1984.
- CLAPHAM, A., Human Rights in the Private Sphere, Oxford, 1993 (CLAPHAM 1).
- COMUCCI, P.; PRESUTTI, A., Le Regole penitenziarie europee, Milano, 1989.
- CRESPI, A.; ZUCCALA, G; STELLA, F., Commentario breve al Codice penale, complemento giurisprudenziale, 6^e éd., Padova, 2001 (CRESPI/ZUCCALA/STELLA 1).
- IDEM*, Commentario breve al codice penale, complemento giurisprudenziale, appendice di aggiornamento, Padova, 2003 (CRESPI/ZUCCALA/STELLA 2).
- CURRAN, W. J.; HARDING, T. W., The Law and Mental Health: Harmonizing Objectives. A Comparative Survey of Existing Legislation Together with Guidelines for its Assessment and Alternative Approaches to its Improvement, WHO, Geneva, 1978.
- DEBUYST, Ch., (Ed.), Dangerosité et justice pénale: ambiguïté d'une pratique, Louvain, 1981.
- DECAUX, E.; IMBERT, P. H.; PETTITI, L. E., La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, 2^e éd., Paris, 1999.
- DELMAS-MARTY, M., (Ed.), Raisonner la raison d'Etat, Vers une Europe des droits de l'homme, Paris, 1989.
- IDEM*, The European Convention for Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions, Dordrecht/Boston/London, 1992.
- DEJARDIN, M. et al., L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, Marseille, 1996.
- DESCHENAUX, H.; STEINAUER, P.H., Personnes physiques et tutelle, 4^e éd., Berne, 2001.

- DICKENS, B., (Ed.), *Medicine and the Law*, Aldershot/Hong Kong/Singapore/Sidney, 1993.
- DIGNEFFE, F.; GILLARDIN, J.; TULKENS, F. VAN DE KERCHOVE, M. (Ed.), *Le placement des mineurs en institution psychiatrique*, Bruxelles, 1990.
- DILLING, H., (Hrsg.), *Lexikon zur ICD-10-Klassifikation psychischer Störungen: Begriffe der Psychiatrie und der Seelischen Gesundheit, insbesondere auch des Missbrauchs psychotroper Substanzen sowie der transkulturellen Psychiatrie*, Bern, 2002.
- DILLING, H.; MOMBOUR, W.; SCHMIDT, M. H. (Hrsg.), *Internationale Klassifikation psychischer Störungen: ICD-10, Kapitel V (F), Klinisch-Diagnostische Leitlinien*, 4 Aufl., Bern, 2000.
- DOURAKI, Th., *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux*, Paris, 1986 (DOURAKI 1).
- FACCHIN, R., *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 1988.
- FAWCETT, J. E. S., *The Application of the European Convention on Human Rights*, 2nd. Ed., Oxford, 1987.
- FELIX, R. H., *Mental Illness: Progress and Prospects*, New York, 1967.
- FIANDACA, G.; MUSCO, E., *Diritto penale, Parte generale*, 2^e ed., Bologna, 1989.
- FLAUSS, J.-F., (Dir.), *La mise en œuvre du Protocole N° 11: le nouveau Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2000 (FLAUSS 1).
- FLOUD, J; YOUNG, W., *Dangerousness and Criminal Justice*, London, 1981.
- FOUCAULT, M., *Histoire de la folie à l'Age Classique*, Paris, 1990.
- FREDERICK, C. J., (Ed.), *Dangerous Behavior: A Problem in Law and Mental Health*, Washington, 1978.
- FROWEIN, J. A.; PEUKERT, W., *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 2. Aufl., Kehl, 1996.
- GALEAZZI, R.; OSTERWALDER, R.; SCHÖBI, R., *HIV-Positiv, MIT-Menschen, Verarbeitung der HIV-Infektion und der Aids-Krankheit durch Kleinsysteme. Psychosoziale und kulturelle Aspekte von AIDS*, Bern, 1995.
- GARCIA-PABLOS De MOLINA, A.; GOMES, L. F., *Criminologia. Introdução a seus fundamentos teóricos*, 2^e Ed., São Paulo, 1997.
- GASSIN, R., *Criminologie*, 10^e éd., Paris, 1990.
- GIUSTI, G., *Medicina legale*, Padova, 1985.
- GOSTIN, L.; RASSABY, E.; BUCHAN, A., *Mental Health Act: Tribunal Procedure*, London, 1984.

- GOUMILLOUX, R., *Législation psychiatrique*, Paris, 1981.
- HARDING, T.-W., *Le médecin, la dangerosité et la contrainte*, Thèse (Privat Docent), Genève, 1985 (HARDING 1).
- HARRIS, D. J.; O'BOYLE, M.; WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London/Dublin/Edinburgh, 1995.
- HARRIS, R., *Murders and Madness*, Oxford, 1989.
- HÄTTICH, A.; HELMINGER, A.; HORNING, R., *Aids im Bewusstsein der Bevölkerung: Stigmatisierung- und Diskriminierungstendenzen gegenüber Menschen mit HIV und AIDS*, Bern, 1994.
- HENKIN, L., (Ed.), *The International Bill of Rights*, New-York, 1981.
- HENNAU, Ch.; VERHAEGEN, J., *Droit pénal général*, Bruxelles, 1991.
- HURTADO POZO, J., *Droit pénal. Partie générale I: Notions fondamentales et loi pénale*, Fribourg, 1988.
- JANSSEN, V., *Les codes pénaux belge et français à l'aube du XXI^e siècle; influence des doctrines pénales et criminologiques sur leur réforme; aperçu comparatif avec la situation en Europe*, Bruxelles, 1990.
- JEANDIDIER, W., *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, 1991.
- KÄLIN, W.; MALINVERNI G.; NOWAK, M., *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakete*, Basel/Frankfurt, 1991.
- KASTANAS, E., *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996.
- KAYSER, P., *La protection de la vie privée*, Paris, 1990.
- KELLER, M., *Rechtliche Bedeutung des Status «HIV-Positiv»*, Basel, 1993.
- KILLIAS, M., *Précis de criminologie*, Berne, 1991 (KILLIAS 1).
- IDEM*, *La criminalisation de la vie quotidienne et la politisation du droit pénal*, Société suisse des juristes, Rapport et communications, Bâle, 1995 (KILLIAS 2).
- IDEM*, *Précis de criminologie*, 2^e éd., Berne, 2001 (KILLIAS 3).
- IDEM*, *Grundriss der Kriminologie, eine Europäische Perspektive*, Bern, 2002 (KILLIAS 4).
- KUHN, A. et al., (Ed.), *Droit des sanctions: de l'ancien au nouveau droit*, Berne, 2004.
- LARGUIER, J., *Droit pénal général*, 18^e éd., Paris, 2001.

- LOUZOUN, C., Comité européen droit, éthique, psychiatrie, Législations de santé mentale en Europe: Angleterre, Ecosse, Espagne, France, Italie, Cour européenne des droits de l'homme, Rapport d'étude au Bureau de la psychiatrie, Direction générale de la Santé, Ministère de la Santé, Paris, 1992.
- LURQUIN, P., *L'expertise médicale*, Bruxelles, 1989.
- MANAI, D., *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne, 2006 (MANAI 4).
- MANNA, A.; KUROSAWA, R.; HAMAI, K., (Ed.), *Pathways to the Management of Mentally-Ill Offenders in the Criminal Justice System*, United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute, Rome, 1993.
- MERTENS, P., *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Bruxelles, 1973.
- MacDONALD, R. St. J., MATSCHER, F., PETZOLD, H., (Ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993.
- McGOLDRICK, D., *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1993.
- MONAHAN, J., *Predicting Violent Behavior: an Assessment of Clinical Techniques*, Beverly Hills, 1981.
- MONAHAN, J., STEADMAN, H., *Mentally Disordered Offenders: Perspectives from Law and Social Science*, New York, 1983.
- MOORE, M. S., *Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship*, Cambridge, 1984.
- MORRISSON, C. Jr., *The Dynamics of the Development in the European Human Rights Convention System*, The Hague/Boston/London, 1981.
- NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1993 (NOWAK 1)*.
- PICHOT, P.; SAMUEL-LAJEUNESSE, B., *Nouvelles tendances en psychothérapie*, Paris, 1983.
- PIQUEREZ, G., *Procédure pénale suisse, Traité théorique et pratique*, Zurich, 2000.
- PIZZI, A., *Malattie mentali e trattamenti sanitari: Commento alla legge del 13 maggio 1978*, Milano, 1978.
- PONCET, D., *La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme*, Genève, 1977.
- POROT, A., *Manuel alphabétique de psychiatrie clinique et thérapeutique*, Paris, 1975.
- POROT, A.; BARDENAT, Ch., *Anormaux et malades mentaux devant la justice pénale*, Paris, 1960.

- PREVAULT, J., *L'internement administratif des aliénés*, Paris, 1955.
- QUILLERE-MAJZOUB, F., *La défense du droit à un procès équitable*, Bruxelles, 1999.
- RASCH, W., *Forensische Psychiatrie*, 2 Aufl., Berlin, 1999.
- REHN, G. et al., (Hrsg.), *Behandlung «gefährlicher Straftäter»: Grundlagen, Konzepte, Ergebnisse*, 2. Aufl., Herbolzheim, 2001.
- REM, B. E.; (Ed.), *Psychiatry and Ethic, Insanity, Rational Autonomy and Mental Health Care*, New York, 1982.
- RENGELING, H. W., *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, München, 1993.
- ROBERT, J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5^e éd., Paris, 1994.
- ROESCH, R.; WEBSTER, Ch.; EAVES, D., *The Fitness Interview Test: a Method for Examining Fitness to Stand Trial*, Toronto, 1984.
- ROUSSEAU, D.; SUDRE, F., (Ed.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, Paris, 1990.
- SLOVENKO, R., *Psychiatry and Law*, Boston, 1973.
- STAVROS, S., *The Guarantees for the Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Dordrecht/Boston/London, 1993.
- STEFANI, G.; LEVASSEUR, G.; JAMBU-MERLIN, R., *Criminologie et science pénitentiaire*, 5^e éd., Paris, 1982.
- STEFANI, G.; LEVASSEUR, G.; BOULOC, B., *Droit pénal général*, 17^e éd., Paris, 2000.
- STELLA, F.; ZUCCALA, G., *Commentario breve al codice penale, complemento giurisprudenziale*, Padova, 1990.
- STORZ, R., *Wiederholte strafrechtliche Verurteilungen: zur Frage nach kriminellen Karrieren*, Office fédéral de la statistique, Berne, 1995.
- SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, 5^e éd., Paris, 2001 (SUDRE 1)
- SZASZ, Th., *Le mythe de la maladie mentale*, Paris, 1977 (SZASZ 1).
- IDEM*, *Idéologie et folie: essais sur la négation des valeurs humanistes dans la psychiatrie d'aujourd'hui*, Paris, 1977 (SZASZ 2).
- IDEM*, *La loi, la liberté et la psychiatrie*, Paris, 1977 (SZASZ 3).
- TRECHSEL, S., *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Kurzkommentar*, Zürich, 1993 (TRECHSEL 1).

- IDEM*, Schweizerisches Strafgesetzbuch: Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich, 1997 (TRECHSEL 2).
- TRECHSEL, S.; NOLL, P., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, Zürich, 1994.
- TOMASEVSKI, K., Prison Health: International Standards and Practices in Europe, Helsinki Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations, Publication Series N° 21, Helsinki, 1992.
- TORRELLI, M., Le médecin et les droits de l'homme, Paris, 1983.
- TRIBOLET, S.; DESOUS, G., Droit et psychiatrie, Guide pratique, Thoiry, 1995
- URBANIÖK, F., Was sind das für Menschen – Was können wir tun. Nachdenken über Straftäter, Bern, 2003.
- VAN DIJK, P.; VAN HOOFF, G. J. H., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3rd Ed., Deventer/Boston, 1998.
- VAN DE KERCHOVE, Le droit sans peine: Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis, Bruxelles, 1987.
- VELU, J.; ERGEC, R., La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, 1990.
- VILLIGER, M., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention. Unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl., Zürich, 1999.
- WHITEHEAD, T., Mental Illness and the Law, Oxford, 1982.

Articles

- ABRECHT, B., Les conditions du placement à des fins d'assistance, *Revue du droit de tutelle*, 2003, pp. 338-346.
- ADDO, M., Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?, *European Journal of International Law*, 1998, pp. 510-524.
- ALKEMA, E. A., The Third-Party Applicability or «Drittwirkung» of the European Convention on Human Rights, *Protecting Human Rights: the European Dimension. Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Mélanges WIARDA, Cologne, 1988, pp. 33-45.
- AUSSEL, J. M., La condition des délinquants présentant des troubles mentaux en droit français, *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André VITU*, Paris, 1989, pp. 9-23.
- BALEZON, D., The role of the Psychiatrist in the criminal justice system, *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 1978, pp. 139-146

- BECHLIVANOU, G., Symbole et verbe au sein du droit. A propos des lieux fermés et de la notion de privation de liberté dans la jurisprudence européenne, *Mélanges offerts à Jacques VELU, Présence de droit public et des droits de l'homme*, Bruxelles, 1992, pp. 1608-1625.
- BENHAMOU, Y., La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants - Regard critique, *RTDH*, 1996, pp. 23-34.
- BERNARDET, P.; DARMSTÄDTER, A.; VAILLANT, C., Portée de la jurisprudence européenne sur l'internement psychiatrique en France, *Revue de science criminelle et de droit public comparé*, 1988, pp. 255-271.
- BERNHARDT, R., Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties, *Protecting Human Rights: the European Dimension. Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Mélange WIARDA, Cologne, 1988, pp. 65-71.
- BERTSCHI, M., Der geistig abnorme Täter im Strafverfahren und Strafvollzug: eine kritische Betrachtung, *Kriminalistik*, 2000, pp. 491-494.
- BIAGGINI, L., I principali risultati della ricerca sull'applicazione della legislazione sociopsichiatrica in Svizzera ed in Ticino, BORGHI, M. (Ed.), *La législation sociopsychiatrique: Un bilan*, Fribourg, 1992, pp. 81-98.
- BLOCH, S., The political Misuse of Psychiatry in the Soviet Union, BLOCH, S.; CHODOFF, P. (Ed.), *Psychiatric Ethics*, 2nd Ed., 1993, pp. 493-515.
- BLUGLASS, R., The Recent Mental Health Act in the United Kingdom: Issues and Perspectives, BLUGLASS, R.; ROTH, M., (Ed.), *Psychiatry, Human Rights and the Law*, Cambridge, 1985, pp. 21-31.
- BOORSE, Ch., What a Theory of Mental Health Should Be, REM, B. E., (Ed.), *Psychiatry and Ethic, Insanity, Rational Autonomy, and Mental Health Care*, New York, 1982, pp. 29-48.
- BORGHI, M., Rapport sur l'enquête concernant la privation de liberté à des fins d'assistance menée auprès de tous les gouvernements cantonaux, *Revue du droit de tutelle*, 1990, pp. 121-136 (BORGHI 3)
- IDEM, La CEDH: Un fondement pour des prestations positives de la part de l'Etat?, *Protection des droits fondamentaux en Europe*, Berne, 2001, pp. 37-54 (BORGHI 4).
- BOSSUYT, M., Chronique de la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme (1993-1997), *RTDH*, 1998, pp. 507-565
- BOUCHARD, J. P., Les problèmes particuliers d'application de la peine de mort concernant les personnes souffrant de troubles mentaux, *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, Collection «Criminologie et sciences de l'homme», 1993, pp. 161-164.

- BREMS, E., The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, pp. 240-314.
- BROOKS, A., Notes on Defining the Dangerousness of the Mentally Ill, FREDERICK, C. J., (Ed.), *Dangerous Behavior: A Problem in Law and Mental Health*, Washington, 1978, pp. 37-60.
- BRUYN, D., Le droit à un recours effectif, Droits de l'homme au seuil du troisième millénaire: Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT, Bruxelles, 2000, pp. 185-205.
- BURSZTAJN, H. J., The Rebirth of Forensic Psychiatry in Light of Recent Historical Trends in Criminal Responsibility, 12 November 1993, <http://www.forensic-psych.com/pubs/rebirth.htm>, pp. 1-24.
- CALLEWAERT, J., L'affaire Herczegfalvy ou le traitement psychiatrique à l'épreuve de l'article 3... et vice versa, *RTDH*, 1993, pp. 431-443 (CALLEWAERT 1).
- IDEM*, L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme: une norme relativement absolue ou absolument relative, *Liber amicorum Marc-André EISSEN*, Bruxelles, 1995, pp. 13-38 (CALLEWAERT 2).
- IDEM*, Zusprechung von Entschädigungen nach Art. 50 EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, *AJP*, 1997, pp. 1525-1531 (CALLEWAERT 3).
- IDEM*, Quel avenir pour la marge d'appréciation, *Protecting Human Rights: Studies in Memory of Rolv RYSSDAL*, Köln, 2000, pp. 147-166 (CALLEWAERT 4).
- CAMPBELL, R., Lessons for the Future Drawn from the United States Legislation and Experience, *BLUGLASS, R.; ROTH, M., (Ed.), Psychiatry, Human Rights and the Law*, Cambridge 1985, pp. 43-57.
- CASSANO, G. B.; MAURI, M.; PETRACCA, A.; SARTESCHI, P., Medical and Social Consequences of the Italian Psychiatric Care Act of 1978, *BLUGLASS, R.; ROTH, M., (Ed.), Psychiatry, Human Rights and the Law*, Cambridge, 1985, pp. 32-43.
- CLAPHAM, A., The «Drittwirkung» of the Convention, *MacDONALD, R. St. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H., (Ed.), The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 163-207 (CLAPHAM 2).
- CLEMENT, T., Privation de liberté pour grave état d'abandon et Convention européenne des droits de l'homme: l'arrêt H. M. contre Suisse: un aérolithe dans la jurisprudence de la Cour?, *Revue suisse de droit de la santé*, 2003 pp. 5-12.
- COHEN-JONATHAN, G., Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruxelles 1998, pp. 165-196.

- CORBOZ, B., Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire, *SJ*, 2003, pp. 67-89.
- COTTANCEAU, F.; GUILLAUMOT, P., La peine de mort et les personnes souffrant de troubles mentaux, *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, Collection «Criminologie et sciences de l'homme», Paris, 1993, pp. 165-174.
- COTTIER, B., L'isolement des personnes atteintes du virus VIH: une mesure d'une autre âge?, *Mélanges en l'honneur de Jan STEPAN à l'occasion de son 80^e anniversaire*, Zürich, 1994, pp. 123-140.
- CRAIG, T.; JONES, J.; WILKINSON, G., Italian Mental Health Law - A Personal Evaluation: a Review, *Psychiatry*, 1991, pp. 555-561
- DAVIS MARTHA F.; POWELL R., The International Convention on the Rights of the Child: A Catalyst for Innovative Child Care Policies, *HRQ*, 2003, 689-719.
- DAWSON, J., Psychopathology and Civil Commitment Criteria, *Medical Law Review*, 1996, pp. 62-83.
- DE GOUTTES, R., Article 5 § 2, PETTITI, L. E.; DECAUX, E.; IMBERT, P. H., La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, 2^e éd., Paris, 1999, pp. 203-210.
- DELL'ORA, A.; SAPRI, A.; et al., Codice penale annotato con la dottrina e la giurisprudenza, 3^a éd., Torino, 1995.
- DE MEYER, J., Article 5 § 1, DECAUX, E.; IMBERT, P. H., La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, 2^e éd., Paris, 1999, pp. 189-201.
- DE SALVIA, M., L'élaboration d'un «jus commune» des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, *Protecting Human Rights: the European Dimension. Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Mélange WIARDA, Cologne, 1988, pp. 555-563 (DE SALVIA 1).
- IDEM*, La giurisprudenza degli organi della Convenzione e i diritti patrimoniali, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1995, pp. 283-294 (DE SALVIA 2).
- IDEM*, Contrôle européen et principe de subsidiarité: faut-il encore (et toujours) élargir la marge d'appréciation? *Protecting Human Rights: Studies in Memory of Rolv RYSSDAL*, Köln, 2000, pp. 373-385 (DE SALVIA 3).
- DICKENS, B., Prediction, Professionalism, and Public Policy, BEN-ARON, M.; HUCKER, S.; WEBSTER, Ch., (Ed.), *Dangerousness: Probability and Prediction, psychiatry and Public policy*, Cambridge, 1985, pp. 177-208.
- DIETZ, P. E., Hypothetical Criteria for the Prediction of Individual Criminality, BEN-ARON, M.; HUCKER, S.; WEBSTER, Ch., (Ed.), *Dangerousness: Probability and Prediction, Psychiatry and Public Policy*, Cambridge, 1985, pp. 87-112.

- DINSTEIN, Y., *The Right to Life, Physical Integrity and Liberty*, HENKIN, L., (Ed.), *The International Bill of Rights*, New-York, 1981, pp. 115-137.
- DUMOULIN, J.-F., *La stérilisation notamment d'une personne incapable de discernement*, Médecin et droit, M&H, Chêne-Bourg, 2003, pp. 298-305.
- DOURAKI, Th., *La Convention européenne des droits de l'homme et la privation de liberté des personnes atteintes des troubles mentaux*, *Revue hellénique de droit international*, 1984, pp. 159-183 (DOURAKI 2).
- IDEM*, *La protection juridique des malades mentaux selon le droit britannique, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Revue hellénique de droit international*, 1985-1986, pp. 117-146 (DOURAKI 3).
- IDEM*, *La Convention européenne des droits de l'homme et la privation de liberté des malades mentaux et de certains marginaux*, *Droit et économie*, 1989, N° 59, pp. 23-28 (DOURAKI 4).
- IDEM*, *La dangerosité, le traitement psychiatrique et la Convention européenne des droits de l'homme*, *Revue internationale de criminologie et police technique*, 1997, pp. 439-450 (DOURAKI 5).
- IDEM*, *La protection internationale des malades mentaux contre les traitements abusifs*, *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruxelles, 1998, pp. 309-322 (DOURAKI 6).
- DRUCKER, H., *Psychotopie et détention en hôpital psychiatrique pour cause politique*, *Acta medicinis legalis socialis*, Vol. XXX, 1980, pp. 189-210.
- DRZEMCZEWSKI, A.; GIAKOUMOPOULOS, C., Article 13, PETTITI, L. E.; DECAUX, E.; IMBERT, P. H., *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, 1999, pp. 455-474.
- DRZEMCZEWSKI, A., *Le Protocole N° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme: entrée en vigueur et première année d'application*, RUDH, 1999, pp. 377-393 (DRZEMCZEWSKI 1).
- DUCOR, Ph., *L'accès du patient au dossier médical*, *Médecine et hygiène*, 1992, pp. 2232-2233 (DUCOR 1).
- IDEM*, *L'accès du patient au dossier médical*, *Médecin et droit médical*, M&H, Chêne-Bourg, 2003, pp. 83-88 (DUCOR 2).
- EISSEN, M. A., *Il principio della proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, pp. 31-43 (EISSEN 1).
- IDEM*, *Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme: leur influence mutuelle*, RTDH, 1991, pp. 167-175 (EISSEN 2).
- IDEM*, *La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Dossier sur les droits de l'homme*, N° 16, Strasbourg, 1996 (EISSEN 3).

- ERGEC, R.; DOCQUIR, P-F., La Convention européenne des droits de l'homme: examen de jurisprudence (1995-2000), *Revue critique de jurisprudence belge*, 2002, pp. 85-229.
- ESQUIROL, E., Examen du projet de loi sur les aliénés, Paris, 1838, QUETEL, C., La loi de 1838 sur les aliénés, Volume I, L'élaboration, Paris, 1988, pp. 127-145.
- FALRET, J. P., Observation sur le projet de loi relatif aux aliénés, Paris, 1837, QUETEL, C., La loi de 1838 sur les aliénés, Vol. I, L'élaboration, Paris, 1988, pp. 93-125.
- FERRAND, F., Le principe du contradictoire et l'expertise en droit comparé européen, *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 345-369.
- FERRERO, F., Le consentement éclairé dans le domaine de la psychiatrie, *Cahiers de l'Institut Universitaire Kurt Bösch*, 1994, pp. 61-66 (FERRERO 1).
- IDEM*, Les droit du patient en psychiatrie: Le point de vue du psychiatre, Neuchâtel 1997, pp. 3-15 (FERRERO 2).
- FINLAY, Th., Judicial Self-Restraint, Protecting Human Rights: Studies in Memory of Rolv RYSSDAL, Köln, 2000, pp. 499-507.
- FITZGERALD, E., The Criminal Justice Act 1991: Preventative Detention of the Dangerous Offender, *European Human Rights Law Review*, 1995 (Launch Issue), p. 39-48.
- FLAUSS, J-F., Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme, *L'actualité juridique - Droit administratif*, 1995, pp. 124-220 (FLAUSS 2).
- FLOUD, J., Dangerousness in Social Perspective, BLUGLASS, R.; ROTH, M., (Ed.), *Psychiatry, Human Rights and the Law*, Cambridge, 1985, pp. 81-95.
- FREDERICK, C. J., Dangerousness of the Mentally-Ill: A Methodological Reconsideration, FREDERICK, C. J. (Ed.), *Dangerous Behavior: A Problem in Law and Mental Health*, Washington, 1978, pp. 20-37.
- FROWEIN, J., Article 13 as a Growing Pillar of Convention Law, *Protecting Human Rights: Studies in Memory of Rolv RYSSDAL*, Köln, 2000, pp. 545-550.
- FULFORD, W., The Concept of Disease, BLOCH, S.; CHODOFF, P., (Ed.), *Psychiatric Ethics*, Oxford, 1993, 2nd Ed., pp. 80-88.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue internationale de droit comparé*, 1980, pp. 317-335 (GANSHOF VAN DER MEERSCH 1).
- IDEM*, Le caractère «autonome» des termes et la «marge d'appréciation» des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, *Protecting Human Rights: the European Dimension. Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Mélanges WIARDA, Cologne, 1988, pp. 201-220 (GANSHOF VAN DER MEERSCH 2).

- GERARDIN-SELLIER, N., La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6 al. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, RTDH, 2001, pp. 961-981.
- GILLARDIN, J., L'arrêt van der Leer du 21 février 1990: une étape nouvelle dans la protection des droits fondamentaux des aliénés, RTDH, 1990, pp. 403-418.
- GLENN, J. M., Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme: Une étude comparative, thèse, Strasbourg, 1973.
- GORDON, R.; VERDUN-JONES, S. N., Mental Health Law and Law Reform in the Commonwealth: The Rise of the «New Legalism», WEISTUB, D. N. (Ed.), Law and Mental Health: International Perspectives, New York, 1986, pp. 1-82.
- GRAF, T., Zum Anspruch auf Verteidigerbeistand, Plädoyer, 1997, pp. 21-31.
- GRAVEN, Ph., Mesures de sûreté dans le droit et la jurisprudence suisses, Mémoires publiées par la faculté de droit de Genève, N° 24, Genève, 1969, pp. 49-77.
- GREENLAND, C., Dangerousness, Mental Disorder, and Politics, BEN-ARON, M.; HUCKER, S.; WEBSTER, Ch., (Ed.), Dangerousness: Probability and Prediction, Psychiatry and Public Policy, Cambridge, 1985, pp. 25-40.
- GRUSKIN, S.; MANN, J.; TARANTOLA, D., (Ed.), Special Focus: HIV/AIDS and Human Rights. Part I: The Roots of Vulnerability, Health and Human Rights, Vol. 2, 1997 (GRUSKIN/MANN/TARANTOLA 1).
- IDEM*, Special Focus: HIV/AIDS and Human Rights. Part II: Uprooting Vulnerability, Health and Human Rights, Vol. 3, 1998 (GRUSKIN/MANN/TARANTOLA 2).
- GUERIN, O., Le juge garant de la liberté individuelle, l'illusion du droit, CHAUMON, F.; VACHER, N., Psychiatrie et justice, Paris, 1988, pp. 88-98.
- GUILLOD, O., Swiss Law and the United Nations Convention on the Rights of the Child, FREEMAN, M., (Ed.), Children's Rights, Dartmouth, 1996, pp. 223-241.
- GUINCHARD, S., Le procès équitable, Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, 2002, pp. 183-190.
- JACOBS, F. G., Access to Justice as a Fundamental Right in European Law, Mélanges en hommage à Fernand SCHOCKWEILER, Baden-Baden, 1999, pp. 197-212.
- JACOT-GUILLARMOD, O., Rights Related to a Good Administration of Justice, MacDONALD, R. St. J., MATSCHER, F.; PETZOLD, H., (Ed.), The European System for the Protection of Human Rights, 1993, Dordrecht/Boston/London, pp. 381-404.

- JUNG, A., Les mesures de sûreté (art. 42-44 CPS): quelques problèmes rencontrés dans la pratique genevoise, *Revue Suisse de Criminologie*, 2003, pp. 46-56.
- HABER, J. G., Freedom to be Psychotic?, DICKENS, B. (Ed.), *Medicine and the Law*, Aldershot/Hong Kong/Singapore/Sidney, 1993, pp. 140-171.
- HANHART, W., Le dossier médical informatisé, *Le dossier médical*, Cahier N° 1, Institut de droit de la santé, Neuchâtel, 1994, pp. 1-14.
- HARDING, T.-W., Du danger, de la dangerosité et de l'usage médical de termes effectivement chargés, *Déviance et société*, 1980, pp. 331-348 (HARDING 2).
- IDEM, La contribution de l'expert-psychiatrique à la procédure d'interdiction, *Revue du droit de tutelle*, 1987, pp. 16-29 (HARDING 3).
- IDEM, The Application of the European Convention of Human Rights to the Field of Psychiatry, *Medicine and Law*, Vol. 9, 1990, pp. 1079-1098 (HARDING 4).
- IDEM, Le certificat médical, ses pièges et ce qui le différencie d'une expertise, *Médecin et droit médical*, M&H., Chêne-Bourg, 2003, pp. 191-199 (HARDING 5).
- HEER, M., Sichernde Massnahmen, NIGGLI, M. A.; WIPRÄCHTIGER, H., (Hrsg.), *Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB*, Basler Kommentar, Basel, 2003, pp. 573-734.
- HEIM, W., Les droits du malade mental: le rapport juridique, *Médecine et droit, séminaire pluridisciplinaire*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1979, p 1-16.
- HELMCHEN, H., Recent Developments in Relation to Mental Health and the Law in the Federal Republic of Germany, BLUGLASS, R.; ROTH, M., (Ed.), *Psychiatry, Human Rights and the Law*, Cambridge, 1985, pp. 58-71.
- HENNAU-HUBLET, C., L'activité médicale et les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1986, pp. 577-598.
- HOCHSTEDLER-STEURY, E., Criminology. Criminal Defendants with Psychiatric Impairment: Prevalence, Probabilities and Rates, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1993, pp. 352-376.
- HODGINS, S., Les malades mentaux et la criminalité: cesser de débattre les faits et chercher des traitements efficaces et les causes, *Délinquants «dangereux»*, Chur, 2000, pp. 97-134.
- HOTTELIER, M., L'indemnisation des personnes détenues à tort en droit genevois. Enjeux constitutionnels et perspectives d'avenir, *Etudes en l'honneur de Dominique PONCET, Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale*, ROBERT, Ch.; STRÄULI, B., (Ed.), Genève, 1997, pp. 37-70
- HOUCHON, G., La situation dangereuse: aspects micro-sociologique, DEBUYST, Ch., (Ed.), *Dangerosité et justice pénale: ambiguïté d'une pratique*, Cambridge, 1981, pp. 121-144.

- KAUFMANN, M., «Crazy» Until Proven Innocent? Civil Commitment of the Mentally Ill Homeless, *Columbia Human Rights Law Review*, 1988, pp. 333-367.
- KNOPS, E., Les affaires de vagabondage, *Cahiers de droit européen*, 1972, pp. 244-266.
- KOERING-JOULIN, R., Article 5 § 4, PETTITI, L. E.; DECAUX, E.; IMBERT, P. H., (Ed.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris 1999, pp. 229-233 (KOERING-JOULIN 1).
- IDEM*, Article 5 § 5, PETTITI, L. E.; DECAUX, E.; IMBERT, P.H., (Ed.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris 1999, pp. 235-237 (KOERING-JOULIN 2).
- KRISHNAN JAVANTH, K., The Rights of the New Untouchables: A Constitutional Analysis of HIV Jurisprudence in India, *HRQ*, 2003, pp. 791-819.
- LAMBERT, E., La pratique récente de réparation des violations de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales: plaider pour la préservation d'un acquis remarquable, *RTDH*, 2000, pp. 199-227.
- LAMBERT, P., Les notions de «délai raisonnable» dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 1991, pp. 3-19.
- LEGEMAATE, J., Legal Aspects of Voluntary Psychiatric Hospitalization, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 11, 1988, pp. 259-268 (LEGEMAATE 1).
- IDEM*, Involuntary Admission to a Psychiatric Hospital: Recent European Developments, *EJHL*, 1995, p. 15-32 (LEGEMAATE 2).
- IDEM*, The Patient's Right of Complaint: Opinions and Developments in the Netherlands, *EJHL*, 1996, p. 255-271 (LEGEMAATE 3).
- LIEVENS, P.; L'apport de la psychiatrie à l'utilisation du concept de personnalité dangereuse, DEBUYST, Ch., (Ed.), *Dangerosité et justice pénale: ambiguïté d'une pratique*, Louvain, 1981, pp. 35-83.
- LORD MACKAY OF CLASHFERN, The Margin of Appreciation and the Need for Balance, *Protecting Human Rights: Studies in Memory of Rolv RYSSDAL*, Köln, 2000, pp. 837-844.
- LÜCKER-BABEL, M. F., The Right of the Child to Express Views and to be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on The Rights of the Child, *The International Journal of Children Rights*, 1995, pp. 392-404.
- LUTTRELL, S., Making Decisions About Medical Treatment for Mentally Incapable Adults in the UK, *Lancet*, 1997, pp. 950-953.
- McDONALD, R. St. J., The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *International Law at the Time of its Confiscation. Essays in Honor of Roberto AGO*, Milan, 1987, pp. 187-208 (McDONALD 1).

- IDEM*, The Margin of Appreciation, MacDONALD, R. St. J.; MATSCHER, F., PETZOLD, H., (Ed.), The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 83-124 (McDONALD 2).
- MAHON, P., L'évaluation législative; l'efficacité des normes visant à protéger les patients, BORGHI, M., (Ed.), La législation sociopsychiatrique: un bilan, Fribourg, 1992, pp. 17-31.
- MAHONEY, P., Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin, HRLJ, 1990, pp. 57-89 (MAHONEY 1).
- IDEM*, Marvelous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism? The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice, HRLJ, 1998, pp. 1-6 (MAHONEY 2).
- MALINVERNI, G.; HOTTELIER, M., La pratique suisse relative aux droits de l'homme 1995, Revue suisse de droit international et de droit européen, 1996, pp. 415-454.
- MALINVERNI, G., Le pouvoir d'examen de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges Georges PERRIN, Lausanne, 1984, pp. 199-211 (MALINVERNI 1).
- IDEM*, La réserve de la loi dans les conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme, RUDH, 1990, pp. 401-409 (MALINVERNI 2).
- IDEM*, Il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale: osservazioni sull'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 1990, pp. 396-405 (MALINVERNI 3).
- IDEM*, La Convention européenne des droits de l'homme et son interprète principal, De la constitution: études en l'honneur de Jean-François AUBERT, Bâle, 1996, pp. 405-417 (MALINVERNI 4).
- MANAĪ, D., Le devoir d'information du médecin, M&H, Chêne-Bourg, 1995, pp. 1129-1134 (MANAĪ 1).
- IDEM*, L'accès au dossier médical, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, 2002, pp. 69-80 (MANAĪ 2).
- IDEM*, Le devoir d'information du médecin, Médecin et droit médical, M&H, Chêne-Bourg, 2003, pp. 63-70 (MANAĪ 3).
- MARCUS-HELMONS, S.; DAUBIE, C., Observations relatives aux arrêts De Wilde, Ooms et Versyp des 18 juin 1971 et 10 mars 1972, Revue de droit international et de droit comparé, 1972, pp. 244-266.
- MAS, M. E., Right to Compensation under Article 50, MacDONALD, R. St. J.; MATSCHER, F., PETZOLD, H., The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 775-790.

- MATSCHER, F., *Methods of Interpretation of the Convention, European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993, pp. 63-81 (MATSCHER 1).
- IDEM*, Art. 6 EMRK und verfassungsgerichtliche Verfahren, *Europäische Grundrecht-Zeitschrift*, 1993, pp. 449-453 (MATSCHER 2).
- IDEM*, Article 6: L'arbitrage et la Convention, PETTITI, L. E.; DECAUX, E.; IMBERT, P. H., (Ed.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*, Paris, 1995, pp. 281-292 (MATSCHER 3).
- IDEM*, Dans quelle mesure une violation du droit international entraîne-t-elle une violation de la Convention?, *Droits de l'homme au seuil du troisième millénaire: Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT*, Bruxelles, 2000, pp. 579-592 (MATSCHER 4).
- McCARTHY, T. E., *The International Protection of Human Rights: Ritual or Reality? The Vagrancy Cases before the European Court of Human Rights*, *International Comparative Law Quarterly*, 1976, pp. 261-291.
- McFARLANE, V., *Clinical Predictors on Trial: a Case for their Defense*, BEN-ARON, M.; HUCKER, S.; WEBSTER, Ch., (Ed.), *Dangerousness: Probability and Prediction, Psychiatry and Public Policy*, Cambridge, 1985, pp. 209-226.
- MELCHIOR, M., *Notions «vagues» ou «indéterminées» et «lacunes» dans la Convention européenne des droits de l'homme*, *Protecting Human Rights: the European Dimension. Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Mélanges WIARDA, Cologne, 1988, pp. 411-419.
- MENZIES, R.; SEPEJAK, D.; WEBSTER, Ch., *Hitting the Forensic Sound Barrier: Prediction of Dangerousness in a Pretrial Psychiatric Clinic*, BEN-ARON, M.; HUCKER, S.; WEBSTER, Ch., (Ed.), *Dangerousness: Probability and Prediction, Psychiatry and Public Policy*, Cambridge, 1985, pp. 115-144.
- MERGUENAUD, J.-P., *Le droit à une expertise équitable*, *Recueil Dalloz*, 2000, pp. 111-115.
- MIELKA, U., *Auch Psychiater können irren*, *Plädoyer*, 2002, pp. 17-19.
- MOCK, P., *Le droit à un procès équitable en matière civile*, *RTDH*, 1995, pp. 384-400.
- MOLNAR, B., *Juveniles and Psychiatric Institutionalization: Toward Better Due Process and Treatment Review in the United States*, *Health and Human Rights*, 1997, pp. 99-116.
- MOORE, M. S., *Some Myths about Mental Illness*, REM, B. E. (Ed.), *Psychiatry and Ethic, Insanity, Rational Autonomy, and Mental Health Care*, New York, 1982, pp. 109-141.
- MORRIS, G., *Acquittal by Reason of Insanity: Developments in the Law*, MONAHAN, J.; STEADMAN, H., (Ed.), *Mentally Disordered Offenders*, New York, 1983, pp. 65-108.

- MUCHLINSKI, P., Mental Health Patients' Rights and the European Human Rights Convention, *The Human Rights Review*, 1980, pp. 93-116.
- MÜLLER-HILL, B., Psychiatry in the Nazi Era, BLOCH, S.; CHODOFF, P., (Ed.) *Psychiatric Ethics*, 2nd. Ed., Oxford, 1993, pp. 493-516.
- MURDOCH, J. L., Safeguarding the Liberty of the Person: Recent Strasbourg Jurisprudence, *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, pp. 495-522 (MURDOCH 1).
- MUSTO, D., A Historical Perspective, BLOCH, S.; CHODOFF, P. (Ed.), *Psychiatric Ethics*, Oxford, 1991, 2nd Ed., pp. 15-33.
- NEWDICK, C., Mental Health Patients Rights and Ministerial Discretion, *The Modern Law Review*, 1982, pp. 459-464.
- NIKKEN, P. Le système interaméricain des droits de l'homme, *RUDH*, 1990, pp. 97-109.
- NIVEAU, G.; BERTRAND, D., Les hospitalisations psychiatriques: I. L'admission volontaire, *M&H*, Chêne-Bourg, 1994, pp. 474-477 (NIVEAU/BERTRAND 1).
- IDEM*, Les hospitalisations psychiatriques: II. L'admission non volontaire, *M&H*, Chêne-Bourg, 1994, pp. 2000-2002 (NIVEAU/BERTRAND 2).
- IDEM*, Privation de liberté à des fins d'assistance, *M&H*, Chêne-Bourg, 1996, pp. 1246-1250 (NIVEAU/BERTRAND 3).
- NIVEAU, G., Privation de liberté à des fins d'assistance, *Médecin et droit médical*, *M&H*, Chêne-Bourg, 2003, pp. 262-270 (NIVEAU 1).
- IDEM*, Classifications psychiatriques et typologies criminologiques: la confusion par les mots, *Délinquants «dangereux»*, Chur, 2000, pp. 35-46 (NIVEAU 2).
- IDEM*, Les hospitalisations psychiatriques: I. L'admission et l'hospitalisation volontaire, *Médecin et droit médical*, *M&H*, Chêne-Bourg, 2003, pp. 244-251 (NIVEAU 3).
- IDEM*, Les hospitalisations psychiatriques: II. L'admission et l'hospitalisation non volontaire, *Médecin et droit médical*, *M&H*, Chêne-Bourg, 2003, pp. 253-261 (NIVEAU 4).
- NOWAK, M., The Activities of the UN Human Rights Committee: Developments from 1 August 1989 through 31 July 1992, *HRLJ*, 1993, pp. 9-18 (NOWAK 2).
- IDEM*, The Activities of the UN Human Rights Committee: Developments from 1 August 1992 through 31 July 1995, *HRLJ*, 1995, pp. 377-396 (NOWAK 3).
- OKERE, O. B., The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and People's Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems, *HRQ*, 1990, pp. 141-159.
- OKIN, R., Testing the Limits of Deinstitutionalization, *Psychiatric Services*, Vol. 46, 1995, pp. 569-574.

- OST, F.; Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, DELMAS-MARTY, M. (Ed.), Paris, 1989, pp. 405-463 (OST 1).
- IDEM*, Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre?, PERRIN, J. F., (Ed.), *Les règles d'interprétation: Les principes communément admis par les juridictions*, Fribourg, 1989, pp. 89-109 (OST 2).
- OSTERWALDER, R., *Das psychiatrische Gutachten, Medizin und Freiheitsentzug*, Bern, 2002, pp. 129-141.
- OTTONE, V., La notion de dangerosité, son origine et le choix de son utilisation dans une politique sociale, DEBUYST, Ch., (Ed.), *Dangerosité et justice pénale: ambiguïté d'une pratique*, Louvain, 1981, pp. 277-290.
- PALMIERI, M., Il sistema regionale africano di promozione e di protezione dei diritti dell'uomo e dei popoli: profili istituzionali, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, pp. 52-87.
- PAYCHERE, F., Principes de l'assistance judiciaire gratuite en droit international et constitutionnel et application devant les tribunaux: un état de la question, *Frais de justice, frais d'avocat, cautions/sûretés, assistance juridique*, Berne, 2001, pp. 109-129.
- PELLOUX, R., Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires de vagabondage, *Annuaire français de droit international*, 1972, pp. 443-454.
- PERRIN, J. F., Le droit des enfants à être entendus personnellement par le juge dans les procédures les concernant, *SJ*, 1997, pp. 217-228.
- PESENTI, P., La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, *Tutela giudiziaria dei diritti dell'uomo nelle convenzioni internazionali*, Lugano, 2001, pp. 33-52.
- PEUKERT, W., Verfahrensgarantien und Zivilprozess (art. 6 EMRK), *Rabel Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1999, pp. 600-624.
- PONCELA, P., Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité, *Revue de science criminelle*, 1986, pp. 61-68.
- PUECHAVY, M., L'aide juridictionnelle et la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruxelles, 1998, pp. 621-633.
- QUINN, G., Civil Commitment and the Right to Treatment Under the European Convention on Human Rights, *Harvard Human Rights Journal*, 1992, pp. 1-49.
- RAPPEPORT, J., *Ethics and Forensic Psychiatry*, BLOCH, S.; CHODOFF, P., (Ed.), *Psychiatric Ethics*, Oxford, 1993, 2nd Ed., pp. 391-414.

- RAYMONDIS, L. M., Quelques aperçus sur le problème de la subsistance de l'aptitude à la sanction chez le malade mental interné, *Revue de science criminelle*, 1963, pp. 330-342.
- RAZIER, M.; HARRIS, J., Public Health and Private Lives, *Medical Law Review*, 1996, pp. 171-192.
- REICH, W., Psychiatric Diagnosis as an Ethical Problem, BLOCH, S.; CHODOFF, P., (Ed.), *Psychiatric Ethics*, Oxford, 1993, 2nd Ed., pp. 102-133
- REID, W., Psychopathy and Dangerousness, BLUGLASS, R.; ROTH, M., (Ed.), *Psychiatry, Human Rights and the Law*, Cambridge, 1985, pp. 72-80
- ROLLAND, P., Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme, ROUSSEAU, D.; SUDRE, F., (Ed.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, Paris, 1990, pp. 47-75.
- ROSENTHAL, E.; RUBENSTEIN, L. S., International Human Rights Advocacy under the «Principles for the Protection of Persons with Mental Illness», *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 16, 1993, pp. 257-300.
- ROTH, R., Nouveau droit des sanctions: premier examen de quelques points sensibles, *RPS*, 2003, pp. 1-23.
- SACE, J., Les droits de l'aliéné dans la jurisprudence européenne et la loi belge, *Mélanges offertes à Jacques VELU, Présence du droit public et des droits de l'homme*, Bruxelles, 1992, pp. 1640-1672.
- SANSOTTA, S., La sentenza van der Leer della Corte europea dei diritti dell'uomo: commento e richiami alla giurisprudenza in materia d'internamento degli alienati, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1990, pp. 536-540.
- SARTESCHI, P. et al., Medical and Social Consequences of the Italian Psychiatric Care Act of 1978, BLUGLASS, R.; ROTH, M., (Ed.), *Psychiatry, Human Rights and the Law*, Cambridge, 1985, pp. 30-52.
- SCHMIDT, A. D., Le pouvoir d'examen en droit de la Cour en cas d'appel pour violation de la loi en procédure civile genevoise, *SJ*, 1995, pp. 521-533.
- SCHNEIDER, P. B., Les droits du malade mental: le rapport médical, *Médecine et droit, séminaire pluridisciplinaire*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1979, pp. 1-17.
- SCHWITZGEBEL, R., Legal and Social Aspects of the Concept of Dangerousness, FREDERICK, C. J., (Ed.), *Dangerous Behavior: a Problem in Law and Mental Health*, Washington, 1975, pp. 83-95.
- SHAH, A., Dangerousness and Mental Illness: Some Conceptual, Prediction, and Policy Dilemmas, FREDERICK, C. J. (Ed.), *Dangerous Behavior: a Problem in Law and Mental Health*, Cambridge, 1978, pp. 153-191.

- SHARPE, L., Article 50, PETTITI, L. E.; DECAUX, E.; IMBERT, P. H., (Ed.), La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article, 2^e éd., Paris, 1999, pp. 809-826.
- SOYER, J.-C.; DE SALVIA, Article 6, PETTITI, L. E.; DECAUX, E.; IMBERT, P. H., (Ed.), La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article, 2^e éd., Paris 1999, pp. 239-279.
- SPIELMANN, D., The Right of the Accused to Counsel of his Choice: Myth or Reality, Bulletin des droits de l'homme, N° 10, 2002, pp. 107-118.
- STEADMAN, H., Employing Psychiatric Predictions of dangerous Behavior: Policy vs. Fact, FREDERICK, C. J., (Ed.), Dangerous Behavior: a Problem in Law and Mental Health, Washington, 1978, pp. 123-136.
- STEFAN, S., Leaving Civil Rights to the «Experts»: From Deference to Abdication Under the Professional Judgment Standard, The Yale Law Journal, Vol. 102, 1992, pp. 639-717.
- STEINAUER, P. H., Les motifs d'interdiction: évolution et fondements, Revue du droit de tutelle, 1987, pp. 1-16.
- STETTLER, M., Les droits des patients en psychiatrie: où sommes-nous à l'heure de la révision du droit de la tutelle?, Les droits des patients en psychiatrie, Neuchâtel, 1997, pp. 17-35 (STETTLER 1).
- IDEM*, La sauvegarde des intérêts des personnes incapables de discernement dans le nouveau droit de la protection de l'adulte, Revue du droit de tutelle, 2003, pp. 258-268 (STETTLER 2).
- STONE, A., The Social and Medical Consequences of Recent Legal Reforms of Mental Health Law in the USA: the Criminalization of Mental Disorder, BLUGLASS, R.; ROTH, M., (Ed.), Psychiatry, Human Rights and the Law, Cambridge, 1985, pp. 9-20 (STONE 1).
- IDEM*, The New Legal Standard of Dangerousness: Fair in Theory, Unfair in Practice BEN-ARON, M.; HUCKER, S.; WEBSTER, Ch., (Ed.), Dangerousness: Probability and Prediction, Psychiatry and Public Policy, Cambridge, 1985, pp. 13-24 (STONE 2).
- SUDRE, F., La première affaire française devant la Cour européenne des droits de l'homme: l'arrêt Bozano du 18 décembre 1986, Revue générale de droit international public, 1987, pp. 533-584 (SUDRE 2).
- IDEM*, Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, RTDH, 1995, pp. 363-384 (SUDRE 3).
- IDEM*, Article 3, DECAUX, E.; IMBERT, P. H.; PETTITI, L. E., La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, 2^e éd., Paris, 1999, pp. 155-75 (SUDRE 4).

- IDEM*, Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *Protecting Human Rights: Studies in Memory of Rolv RYSSDAL*, Köln, 2000, pp. 1359-1376 (SUDRE 5).
- SUDRE, F. et al., Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1993, II^e partie: juin-décembre, *RUDH*, 1993, pp. 217-389 (SUDRE/al. 1).
- IDEM*, Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1994, II^e partie: 1^{er} juin-31 décembre, *RUDH*, 1995, pp. 101-120 (SUDRE/al. 2).
- IDEM*, Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1995: Les 56 arrêts du 1^{er} juin au 31 décembre, *RUDH*, 1996, pp. 1-30 (SUDRE/al. 3).
- IDEM*, Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1996/Les 72 arrêts du 1^{er} juin au 31 décembre, *RUDH*, 1997, pp. 4-39 (SUDRE/al. 4).
- IDEM*, Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1997/Les 105 arrêts du 1^{er} juin au 31 décembre, *RUDH*, 1998, pp. 81-118 (SUDRE/al. 5).
- SZOKOLOCZY-GROBET, A.; Droits de l'homme et psychiatrie, *Equinoxe*, 1990, pp. 103-107.
- TEITGEN, F., L'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le traitement des détenus, *Revue publique de droit pénal*, 1985, pp. 211-224.
- THOROLD, O., The Implications of the European Convention on Human Rights for United Kingdom Mental Health Legislation, *European Human Rights Law Journal*, 1996, pp. 619-636.
- THUILLIER, P., L'homosexualité devant la psychiatrie, *La Recherche*, Vol. 20, n° 213, 1985, pp. 1128-1139.
- TOMUSCHAT, C., Just Satisfaction under Article 50 of the European Convention on Human Rights, *Protecting Human Rights: Studies in Memory of Rolv RYSSDAL*, Köln, 2000, pp. 1409-1430.
- TRECHSEL, S., The Right to liberty and Security of the Person – Article 5 of the European Convention on Human Rights in the Strasbourg Case-Law, *Human Rights Law Journal*, 1980, pp. 88-135 (TRECHSEL 3).
- IDEM*, Die Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 5 EMRK) in der Strassburger Rechtsprechung, *Europäische Grundrechtszeitung*, 1980, pp. 514-532 (TRECHSEL 4).
- IDEM*, Liberty and Security of Person, MacDONALD, R. St. J.; MATSCHER, F., PETZOLD, H., (Ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 277-345 (TRECHSEL 5).

- IDEM*, The Scope of Application of Article 6 ECHR in Criminal Matters, Bulletin des droits de l'homme, 1998, pp. 1-16 (TRECHSEL 6).
- IDEM*, La CEDH éclipsée par la nouvelle Constitution?, RPS, 2001, pp. 201-220 (TRECHSEL 7).
- IDEM*, Akteneinsicht: Information als Grundlage des fairen Verfahrens, Festschrift für Nicolas DRUEY zum 65. Geburtstag, Zürich, 2002, pp. 993-1008 (TRECHSEL 8).
- VAN BUEREN, G., Protecting Children's Rights in Europe – A Test Case Strategy, European Human Rights Law Review, 1996, pp. 171-180.
- VAN DE KERCHOVE, M., Culpabilité et dangerosité: réflexion sur la clôture des théories relatives à la criminalité, DEBUYST, Ch., (Ed.), Dangerosité et justice pénale: ambiguïté d'une pratique, Louvain, 1981, pp. 291-310.
- VAN DIJK, P., Access to Court, MacDONALD, R. St. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H., The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 345-381 (VAN DIJK 1).
- IDEM*, Article 6 par. 1 of the Convention and the Concept of «Objective Impartiality», Protecting Human Rights: Studies in Memory of Rolv RYSSDAL, Köln, 2000, pp. 1495-1510 (VAN DIJK 2)
- VAN OUIRIVE, L., Situations dangereuses et structures sociales, DEBUYST, Ch., (Ed.), Dangerosité et justice pénale: ambiguïté d'une pratique, Paris, 1981, pp. 145-154.
- VELU, J., La notion de «tribunal» et les notions avoisinantes dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Liber amicorum F. Dumon, Anvers, 1983, pp. 1287-1315.
- VILLIGER, M., EMRK und UNO-Menschenrechtspakte, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich, 2001, pp. 647-656.
- VON OVERBECK, A. E., La Convention relative aux droits de l'enfant et le droit de l'enfant d'être entendu et représenté, Famille et droit, Mélanges offerts par la faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernhard SCHNYDER à l'occasion de son 65^e anniversaire, Fribourg, 1995, pp. 481-497.
- VOSPERNIK, T., Das Verhältnis zwischen Art. 13 und Art. 6 EMRK: Absorption oder «Apfel und Birne»? , Österreichische Juristischen-Zeitung, 2001, pp. 361-368.
- WACHENFELD, M., The Human Rights of the Mentally Ill in Europe Under the European Convention on Human Rights, Nordic Journal of International Law, 1991, pp. 109-292.
- WARBRICK, C., The European Convention of Human Rights, Yearbook of European Law, 1990, pp. 535-594.
- WEBER, P. C., La protection du patient par le droit psychiatrique genevois, Plädoyer, Vol. 1, 1996, pp. 54-59.

WIPRÄCHTIGER, H., Die Revision des Strafgesetzbuches: Freiheitsentziehende Massnahmen, eine Bestandsaufnahme nach den Beratungen des Standrates, AJP, 2001, pp. 139-146.

Colloques et mélanges

BERENSTEIN, A. et al., La condition juridique des handicapés mentaux, colloque publié par la Librairie de l'Université, Genève, 1974.

Congrès international du réseau européen de l'alternative à la psychiatrie, Le terre di nessuno, Università degli studi di Roma, Rome, 2-6 mai 1984.

Mélanges Georges PERRIN, Lausanne, 1984.

Essays in Honor of Roberto AGO, International Law at the Time of its Confiscation, Milan, 1987.

Mélanges WIARDA, Protecting Human Rights: the European Dimension. Protection des droits de l'homme: la dimension européenne, Cologne, 1988.

Mélanges en l'honneur d'André VITU, Droit pénal contemporain, Paris, 1989.

Les droits de l'enfant, quelle protection demain?, Actes du colloque organisé par la Société lyonnaise pour l'enfance et l'adolescence, Lyon, 8-9 novembre 1990.

Premier colloque international sur les droits de l'homme, La réforme des institutions internationales de protection des droits de l'homme, La Laguna, Ténériffe, 1^{er}-4 novembre 1992.

Mélanges offertes à Jacques VELU, Présence du droit public et des droits de l'homme, Bruxelles, 1992.

Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle: actes de la rencontre interrégionale organisée par le Conseil de l'Europe en vue de la Conférence mondiale des droits de l'homme, Strasbourg, 28-30 janvier 1993.

Mélanges en l'honneur de Jan STEPAN à l'occasion de son 80^e anniversaire, Zürich, 1994.

Mélanges offerts par la faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernhard SCHNYDER à l'occasion de son 65^e anniversaire, Fribourg, 1995.

Journée d'études sur deux notions à l'interface des sciences juridiques et des sciences humaines: crédibilité et discernement, organisée par la Société française de psychologie légale avec le concours de la Faculté genevoise de psychologie et des sciences de l'éducation, l'Institut universitaire genevois de médecine légale, l'Association genevoise des psychologues et psychologues-psychothérapeutes, Psylex, Genève, 15 juin 1996.

SUDRE, F., (Dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université de Montpellier, Bruylant 1998* (SUDRE 6).

Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI, Bruxelles, 1998.

Mélanges en hommage à Fernand SCHOCKWEILER, Baden-Baden, 1999

Droits de l'homme au seuil du troisième millénaire: Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT, Bruxelles, 2000.

Protecting Human Rights: Studies in Memory of Rolv RYSSDAL, Köln, 2000.

Festschrift für Nicolas DRUEY zum 65. Geburtstag, Zürich, 2002.

Conseil de l'Europe

ASSEMBLEE CONSULTATIVE du Conseil de l'Europe, Conférence parlementaire sur les droits de l'homme, Vienne 18-20 octobre 1971, Strasbourg, 1972.

ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE du Conseil de l'Europe, Commission des questions sociales et de la santé, Avant-projet du rapport sur la situation des malades mentaux, Rapporteurs MM. TABONE et VOOGD, AS/Soc. (28) 12 Révisé, du 9 mai 1977.

ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE du Conseil de l'Europe, Vingt-neuvième session ordinaire, Compte rendu officiel, Onzième séance, Point 6, Situation des malades mentaux, AS (29) CR 11, du 7 octobre 1977.

ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE du Conseil de l'Europe, Rapport sur la situation des malades mentaux, Rapporteurs MM. TABONE et VOOGD, Doc. 4014, du 12 septembre 1977.

ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE du Conseil de l'Europe, Rapport sur SIDA et droits de l'homme, Doc. 6104, du 5 septembre 1989.

CHAPIREAU, F., Comité d'expert sur l'application de la classification internationale des déficiences, incapacités et handicaps (OMS), Le cadre conceptuel de la classification internationale des déficiences, incapacités et handicaps (CIDIH), Conseil de l'Europe, 1992.

COMITE DES MINISTRES, COMITE DIRECTEUR POUR LA BIOETHIQUE, «Livre Blanc» du 10 février 2000 sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, en particulier de celles placées comme patients involontaires dans un établissement psychiatrique.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, Le droit à un procès équitable, Conseil de l'Europe, 2000.

- CONSEIL DE L'EUROPE, Le Conseil de l'Europe et la protection de l'enfant. L'opportunité d'une Convention européenne des droits de l'enfant, Dossier sur les droits de l'homme N° 10, Strasbourg, 1989.
- CONSEIL DE L'EUROPE, Droits de l'homme en droit international, Collection Documents européens, Strasbourg, 1992.
- CONSEIL DE L'EUROPE, Le Protocole N° 11 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales portant restructuring du mécanisme de contrôle établi par la Convention et Rapport explicatif, RUDH, 1994, pp. 86-101.
- DRZEMCZEWSKI, A., The Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence as Guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 1984 (DRZEMCZEWSKI 2).
- EISSEN, M. A., Jurisprudence relative à l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1985.
- GOTRIAN, A., Article 6 of the European Convention on Human Rights: The Right to a Fair Trial, Publications du Conseil de l'Europe, Doc. H (92) 3, Strasbourg, 1992 (GROTIAN 1).
- IDEM*, L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable, Dossier sur les droits de l'homme N° 13, Strasbourg, 1994 (GROTIAN 2).
- KENNEDY, I., Rapport sur égalité et non-discrimination: discrimination en raison de la maladie, en particulier contre les personnes atteintes du SIDA, 7^e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, H/Coll. (90) 5, Copenhague, Oslo, Lund, 30 mai-2 juin 1990.
- MACOVEI, M., Liberté et sûreté de la personne: Un guide sur la mise en œuvre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, Coll. Précis sur les droits de l'homme N° 5, Strasbourg, 2003.
- MURDOCH, J. L., L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme; la protection de la liberté et de la sécurité de la personne, Dossier sur les droits de l'homme N° 12, Strasbourg, 1994 (MURDOCH 2).
- REYNAUD, R., Les droits de l'homme dans les prisons, publications du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1986.
- SHELTON, D.; DOURAKI, Th., Droits de l'homme et malades mentaux, publications du Conseil de l'Europe, AS/Jur. (43) 41, Strasbourg 1992.

■ ■ ■

Résolution (73) 5 du Comité des Ministres sur l'ensemble des Règles minima pour le traitement des détenus.

-
- Recommandation 818 (1977) de l'Assemblée consultative relative à la situation des malades mentaux.
- Recommandation 924 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la discrimination à l'égard des homosexuels.
- Résolution 756 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la discrimination à l'égard des homosexuels.
- Recommandation N° R (82) 17 du Comité des Ministres relative à la détention et au traitement des détenus dangereux.
- Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (82) 17 du Comité des Ministres sur la détention et le traitement des détenus dangereux.
- Recommandation N° R (83) 2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la Protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires.
- Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (83) 2 sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires.
- Résolution de l'Accord Partiel dans le domaine sociale et de la santé publique du Conseil de l'Europe AP (84) 3 relative à une politique cohérente en matière de réadaptation des personnes handicapées.
- Recommandation N° R (87) 3 du Comité des Ministres sur les Règles pénitentiaires européennes, version européenne révisée de l'Ensemble des Règles minima pour le traitement des détenus.
- Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (87) 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les règles pénitentiaires européennes.
- Recommandation N° R (89) 14 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les incidences éthiques de l'infection VIH dans le cadre sanitaire et social.
- Recommandation N° 1121 (1990) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux droits des enfants.
- Recommandation N° R (93) 6 du Comité des Ministres concernant les aspects pénitentiaires et criminologiques du contrôle de maladies transmissibles et notamment du SIDA et les problèmes connexes de santé en prison.
- Recommandation 1235 (1994) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la psychiatrie et les droits de l'homme.
- Résolution 1029 (1994) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la psychiatrie et les droits de l'homme.
- Recommandation 1257 (1995) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux conditions de détention dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

Recommandation N° R (94) 12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges.

Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (94) 12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges.

Avis N° 186 (1995) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relatif au projet de Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants.

Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996.

Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1997.

Normes concernant le placement non volontaire en établissement psychiatrique du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 8e Rapport général d'activité du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 1997, publié le 31 août 1998.

Recommandation N° R (98) 7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire et son annexe.

Recommandation N° R (99) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.

Exposé des motifs sur la Recommandation N° R (99) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.

Recommandation N° REC(2004)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.

Exposé des motifs sur la Recommandation N° REC(2004)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.

Nations Unies et autres organisations internationales

DAES, E. A., Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités; Principes, directives et garanties pour la protection des personnes détenues pour maladie mentale ou souffrant de trouble mental; contribution: a) à la protection des libertés fondamentales et des droits personnels et juridiques des malades mentaux et des personnes souffrant de troubles mentaux; b) à l'élimination des abus psychiatriques; c) à la promotion d'une législation de la santé mentale et d'une pratique médicale dans ce domaine; d) à l'amélioration des soins psychiatriques et des établissements psychiatriques, Nations Unies, New York, 1986 (Projet DAES).

- IDEM*, Liberté de l'individu en droit, Etude des devoirs de l'individu envers la communauté et des limitations des droits et liberté de l'homme en vertu de l'article 29 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, Série d'étude N° 3, Nations Unies, New York, 1990.
- DESPOUY, L., Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités; Les droits de l'homme et l'invalidité, Série d'étude n° 6, Nations Unies, New York, 1993.
- NATIONS UNIES, Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux, New York, 1988.
- CENTRE POUR L'INDEPENDANCE DES MAGISTRATS ET DES AVOCATS (CIMA), L'indépendance de la magistrature et du barreau: Une compilation de normes internationales, Numéro spécial 25-26, Avril-Octobre 1990.
- UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE, Pathways to the Management of Mentally-Ill Offenders in the Criminal Justice System, Rome, 1993 (UNICRI).
- NATIONS UNIES, Instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.1, du 29 juillet 1994.
- NATIONS UNIES, Les Nations Unies et les droits de l'homme, 1945-1995, Nations Unies, New York, 1995.

■ ■ ■

- Déclaration des droits de l'enfant, résolution 1386 (XIV) du 20 novembre 1959 de l'Assemblée générale des Nations Unies.
- Déclaration des droits du déficient mental, Résolution 2856 (XXVI) du 20 décembre 1971 de l'Assemblée générale des Nations Unies.
- Déclaration des droits des personnes handicapées, Résolution 3447 (XXX) du 9 décembre 1975 de l'Assemblée générale des Nations Unies.
- Ensemble des Règles minima pour le traitement des détenus adopté par les Résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977 du Conseil économique et social.
- Directives, principes et garanties pour la protection des personnes détenues pour maladie mentale ou souffrant de troubles mentaux, Doc. ONU, E/CN.4/Sub. 2/17/Add. 1, du 7 juillet 1983.
- Résolution A/RES/40/32 du 29 novembre 1985 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature.

Résolution 43/173 du 9 décembre 1988 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'ensemble des principes pour la protection des toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement.

La Convention des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies par la résolution N° 44/25 du 20 novembre 1989.

Résolution 45/113 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1990 portant adoption des Règles des Nations Unies pour le protection des mineurs privés de liberté.

Résolution 46/119 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 7 décembre 1991 portant adoption des Principes pour la protection de personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale (Principes des Nations Unies).

Observation générale N° 5 sur les personnes souffrant d'un handicap adoptée le 25 novembre 1994 par le Comité du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels.

■ ■ ■

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Groupe de travail sur la question des personnes détenues pour maladie mentale ou atteintes de troubles mentaux, Doc.ONU, E/CN.4/Sub.2/1988/WG.3/WP.3, du 11 août 1988.

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Les droits de l'homme et les progrès de la science et de la technique, Rapport du Groupe de travail sur la question des personnes détenues pour maladie mentale ou atteintes des troubles mentaux, Doc.ONU, E/CN.4/Sub. 2/1988/23, du 26 août 1988.

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Les droits de l'homme et les progrès de la science et de la technique, Principes et garanties pour la protection des personnes détenues pour maladie mentale ou atteintes de troubles mentaux, Rapport du Secrétaire général, Doc.ONU, E/CN.4/1990/53, du 1^{er} décembre 1989.

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Les droits de l'homme et les progrès de la science et de la technique, Principes et garanties pour la protection des personnes détenues pour maladie mentale ou atteintes de troubles mentaux, Rapport du Secrétaire général, Additif, Doc.ONU, E/CN.4/53/Add. 1, du 5 décembre 1989.

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Les droits de l'homme et les progrès de la science et de la technique, Principes et garanties pour la protection des personnes détenues pour maladie mentale ou atteintes des troubles mentaux, Rapport du Secrétaire général, Additif, Doc.ONU, E/CN.4/1990/53/Add. 2, du 4 janvier 1990.

- COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Les droits de l'homme et les progrès de la science et de la technique, Principes et garanties pour la protection des personnes détenues pour maladie mentale ou atteintes des troubles mentaux, Rapport du Secrétaire général, Additif, Doc.ONU, E/CN.4/1990/53/Add. 3, du 19 janvier 1990.
- COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Les droits de l'homme et les progrès de la science et de la technique, Principes et garanties pour la protection des personnes détenues pour maladie mentale ou atteintes de troubles mentaux, Rapport du Secrétaire général, Additif, Doc.ONU, E/CN.4/1990/53/Add. 4, du 1^{er} février 1990.
- COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Droits de l'homme et progrès de la science et de la technique, Rapport du Groupe de travail sur le projet d'ensemble de principes et de garanties pour la protection des malades mentaux et l'amélioration des soins de santé mentale, Président-Rapporteur M. HENRY STEEL, Doc.ONU, E/CN.4/1990/31, du 21 février 1990.
- COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Projet d'ensemble de principes et de garanties pour la protection des malades mentaux et l'amélioration des soins de santé mentale, Document de travail présenté par le Secrétariat en application de la résolution 1990/37 du Conseil économique et social, texte adopté par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités et modifications proposées, Doc.ONU, E/CN.4/1990/WG.8/WP.3, du 1^{er} octobre 1990.
- COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Droits de l'homme et progrès de la science et de la technique, Rapport du Groupe de travail sur les principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale, Doc.ONU, E/CN.4/1991/39, du 5 février 1991.
- COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus. Le droit à un procès équitable: reconnaissance actuelle et mesures nécessaires pour renforcer cette reconnaissance, Troisième rapport établi par MM. Stanislav TCHERNICHENKO et William TREAT, Interprétation des normes internationales relatives à un procès équitable par la Commission interaméricaine des droits de l'homme et par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Doc.ONU E/CN.4/Sub.2/1992/24/Add.2, du 27 mai 1992.
- COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus, Le droit à un procès équitable: reconnaissance actuelle et mesures nécessaires pour renforcer cette reconnaissance, Interprétation des normes internationales relatives à un procès équitable par la Commission interaméricaine des droits de l'homme et par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Troisième rapport établi par MM. Stanislav TCHERNICHENKO et William TREAT, Additif, Doc.ONU, E/CN.4/Sub.2/1992/24/Add.2, du 27 mai 1992.

- HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, Fiche d'information N° 26, Le Groupe de travail sur la détention arbitraire, http://www.unhchr.ch/french/html/menu6/2/fs26_fr.htm.
- COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Décisions adoptées par le Groupe de Travail sur la détention arbitraire, Doc.ONU, E/CN.4/1997/4/add. 1, du 29 octobre 1996.
- COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, Doc.ONU, E/CN.4/1997/4, du 17 décembre 1996.
- ASSEMBLEE GENERALE, 56^e Session, Questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Droits fondamentaux des handicapés, Note du Secrétaire général, Doc.ONU/A/56/263, du 2 août 2001.
- ASSEMBLEE GENERALE, 57^e Session, Questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Convention internationale globale et intégrée pour la protection et la promotion des droits et de la dignité des handicapés, Note du Secrétaire général, Doc.ONU/A/57/357, du 27 août 2002.
- ASSEMBLEE GENERALE, 58^e Session, Questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Progrès réalisés dans le cadre de l'action engagée pour assurer aux handicapés la pleine reconnaissance et l'exercice sans réserve de leurs droits fondamentaux, Rapport du Secrétaire général, Doc.ONU/A/58/181, du 24 juillet 2003.
- ■ ■
- CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, Questions de coordination, Coordination des politiques et d'activités des institutions spécialisées et autres organes du système des Nations Unies, Action préventive et lutte contre le VIH/SIDA et programmes visant à atténuer les conséquences socio-économiques négatives, Rapport du Secrétaire général, Doc.ONU, E/1992/67, du 15 juin 1992.
- ASSEMBLEE GENERALE, Rapport du Conseil économique et social, Action préventive de lutte contre le syndrome d'immunodéficience acquise, Note du Secrétaire général, Doc.ONU, A/47/289/E/1992/68, du 6 juillet 1992.
- COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Action visant à encourager et développer davantage le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, notamment, question du programme et des méthodes de travail de la Commission, Rapport du Secrétaire général sur les mesures internationales et nationales prises pour assurer la protection des droits de l'homme et prévenir la discrimination liée au VIH et au SIDA, Doc.ONU, E/CN.4/1995/45, du 22 décembre 1994.

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Report of the Secretary-General on Human Rights and HIV/AIDS Submitted in Accordance with the Commission Resolution 1995/44, 10 January 1996, Doc.ONU, E/CN.4/1996/44.

CONFERENCE INTERNATIONALE INTERDISCIPLINAIRE SUR LE SIDA: droit et humanité, New Delhi, 6-10 décembre 1995, RILS 1996, Vol. 47.

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Deuxième consultation internationale sur le VIH/SIDA et les droits de l'homme (Genève, 23-25 septembre 1996), Rapport du Secrétaire général, Doc.ONU, E/CN.4/1997/37, du 20 janvier 1997.

Résolution de la Commission des droits de l'homme 1999/49 du 27 avril 1999 sur la protection des droits fondamentaux des personnes infectées par le Virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ou atteints du Syndrome de l'immunodéficience acquise (SIDA).

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Report of the Secretary-General, Specific Groups and Individuals: Other Vulnerable Groups and Individuals, The Protection of Human Rights in the Context of Human Immunodeficiency Virus (HIV) and Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS), 20 January 2003, Doc.ONU E/CN.4/2003/81.

■ ■ ■

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, Désordres mentaux: glossaire et guide pour leur classification selon la neuvième révision de la classification internationale des maladies, Genève, 1978 (CIM-9).

IDEM, Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes, Genève, 1992 (CIM-10).

IDEM, Documents fondamentaux, 39^e éd., Genève, 1992.

IDEM, Tableau des instruments juridiques relatifs à l'infection par HIV et au SIDA, Pays et circonscriptions, y compris les Etats Unis d'Amérique (à l'exclusion de la législation des Etats), Doc.OMS, WHO/GPA/HLE/94.1.

IDEM, Dix Principes fondamentaux sur le droit relatif aux soins de santé mentale, élaborés par la Division de la Santé mentale et de la Prévention de la toxicomanie, Doc.OMS, WHO/MNH/MND/96.9, RILS 1996, Vol. 47 (Dix Principes de l'OMS).

■ ■ ■

Déclaration de Hawaï sur la déontologie psychiatrique, adoptée par le sixième Congrès mondial de psychiatrie à Honolulu, août/septembre 1977, Comparative Medicine East and West, Vol. VI, N° 1, 1978, pp. 80-81.

Déclaration de Madrid adoptée par l'Assemblée générale de l'Association mondiale de psychiatrie en 1996 et révisée en 2002.

Union européenne

Résolution sur les droits des handicapés mentaux, adoptée par le Parlement européen le 16 septembre 1992, Journal officiel des Communautés européennes, N° C 284, 2 novembre 1992, pp. 49-53.

Décision 93/136/CEE du Conseil, du 25 février 1993, portant établissement d'un troisième programme d'action communautaire en faveur des personnes handicapées, Hélios II 1993-1996, Journal officiel des Communautés européennes, N° L 56, 9 mars 1993, pp. 30-36.

Résolution du 15 novembre 1995 du Parlement européen sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant la politique de l'Union et des Etats membres en matière de SIDA dans les pays en voie de développement, Journal officiel des Communautés européennes, 4 décembre 1995, N° C 323, pp. 45-48.

Décision N° 647/96/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 mars 1996 adoptant un programme d'action communautaire concernant la prévention du sida et de certaines autres maladies transmissibles dans le cadre de l'action dans le domaine de la santé publique (1996-2000), Journal officiel des Communautés européennes, N° L 95, 16 avril 1996, pp. 16-22.

Législations nationales

– ALLEMAGNE

Code pénal: art. 20, 21 et 69

– AUSTRALIE

Loi de l'Etat de Victoria (Australie) N° 98 de 1995 relative à la santé mentale, RILS 2000, Vol. 51.

– AUTRICHE

Loi fédérale N° 155 du 1^{er} mars 1990 relative au placement des personnes atteintes de maladie mentale dans des établissements hospitaliers, RILS 1992, Vol. 43, pp. 69-78.

Code pénal: art. 21-25

– BAHAMAS

Loi sur la santé mentale de 1969.

– BARBADE

Loi sur la santé publique de 1980.

- BELGIQUE

Loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, La Législation belge, 1990, N° 872, pp. 910-919.

Loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitudes du 1^{er} juillet 1964 modifiée par la loi du 17 juillet 1990.

Arrêté royal du 15 janvier 1999 fixant les normes pour l'agrément spécial des maisons de soins psychiatriques, Moniteur Belge, 19 mai 1999, N° 97, pp. 17297-17298.

Code pénal: art. 71.

- BRESIL

Loi du 30 juin 1992 relative à la réforme de la psychiatrie dans l'Etat du Rio Grande do Sul (Brésil), RILS 1993, Vol. 44.

Loi N° 10216 du 6 avril 2001 relative à la protection des droits des personnes atteintes de troubles mentaux et portant réorientation du régime des soins de santé mentale, RILS 2001, Vol. 52.

- CANADA

Loi relative à la santé mentale de la Province d'Alberta (Canada), RILS 1988, Vol. 39.

Règlement de la Province d'Alberta (Canada) N° 310/89 du 14 décembre 1989 relatif au défenseur du malade, The Alberta Gazette, Partie II, Vol. 86, N° 1, 15 janvier 1990, pp. 1346-1349.

Loi de la Province de Nouveau-Brunswick (Canada) du 19 mai 1989 sur la Commission de la santé mentale du Nouveau-Brunswick, RILS 1991, Vol. 42.

Code criminel du Canada modifié en 1991, Gazette du Canada, Partie III, Vol. 14, N° 6, 14 février 1992, pp. 687-781.

Loi de la Province de Nouveau-Brunswick (Canada) du 31 mars 1998 sur la santé mentale, RILS 1999, Vol. 50.

Loi de l'Ontario (Canada) sur la santé mentale, RILS 1999, Vol. 50.

- DANEMARK

Loi N° 331 du 24 mai 1989 relative à la privation de liberté et à d'autres formes de coercition en psychiatrie, RILS 1989, Vol. 40.

Arrêté N° 615 du 20 septembre 1989 relatif aux conseillers auprès des malades, RILS 1990, Vol. 41.

Arrêté N° 616 du 20 septembre 1989 relatif au règlement intérieur des Comités d'appel psychiatriques pour les patients, RILS 1990, Vol. 41.

Arrêté N° 614 du 20 septembre 1990 relatif aux informations et indications en matière de recours communiqués aux patients en rapport avec l'utilisation de la contrainte en psychiatrie, RILS 1990, Vol. 41.

Loi du 29 décembre 1992 relative aux admissions spéciales dans les hôpitaux psychiatriques qui abroge la loi du 27 avril 1884 portant réglementation de la surveillance exercée par l'Etat sur les personnes atteintes de maladie mentale, RILS 1994, Vol. 45.

Lignes directrices N° 139 du 28 août 1996 du Ministère des Affaires sociales relatives au système de soutien et de personnes-contact en faveur des personnes atteintes de troubles mentaux, RILS 1996, Vol. 47.

Arrêté N° 207 12 avril 2002 relatif aux défenseurs des patients, RILS 2002, Vol. 53.

– *ECOSSE*

Mental Health Act (1984).

– *EL SALVADOR*

Décret N° 955 du 11 mai 1988 portant promulgation du Code de la santé, RILS 1990, Vol. 41.

– *ESPAGNE*

Code civil, Titre IX, «De l'interdiction», modifié en 1983.

Loi générale de santé, Chapitre III: Sur la santé mentale, modifiée en 1986.

– *FEDERATION DE RUSSIE*

Décret N° 8282-XI du 5 janvier 1988 du Praedium du Soviet suprême de l'ancienne URSS portant promulgation du Règlement relatif aux conditions et modalités de la dispensation des soins psychiatriques, RILS 1988, Vol. 39.

Loi du 2 juillet 1992 relative aux soins psychiatriques et à la garantie des droits des citoyens lors de leur dispensation, RILS 1993, Vol. 44.

– *FINLANDE*

Loi N° 1363 du 30 décembre 2003 portant modification de l'art. 23 de la Loi relative aux soins de santé mentale, RILS 2004, Vol. 55.

Loi N° 585 du 25 juillet 1986 relative aux dommages causés aux patients, RILS 1986, Vol. 37.

Loi N° 298 du 31 mars 1988 portant modification de la Loi relative aux malades mentaux, RILS 1989, Vol. 40.

Loi N° 1116 du 14 décembre 1990 relative aux soins de santé mentale, RILS 1991, Vol. 42.

Loi du 17 août 1992 relative au statut et aux droits des patients, RILS 1992, Vol. 43.

– *FRANCE*

Ancienne Loi du 30 juin 1838 sur les aliénés.

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, Le Journal officiel de la République française, Lois et Décrets, 30 juin 1990, N° 150, pp. 7664-7668.

Décret N° 92-329 du 30 mars 1992 relatif au dossier médical et à l'information des personnes accueillies dans les établissements de santé publics et privés et modifiant le Code de la santé publique, Journal officiel de la République française, Lois et Décrets, 1^{er} avril 1992, N° 78, pp. 4067-4068.

Circulaire DGS/SP 3 N° 96-116 du 15 février 1996 relative au rapport d'activité de la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques pour l'année 1995, Bulletin officiel, 28 mars 1996, N° 96/10, texte N° 493, pp. 179-183.

Arrêté du 1^{er} octobre 1990 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services d'accueil familial thérapeutique, RILS 1991, Vol. 42.

Code pénal: art. 64 (ancien) et 122-1 (nouveau).

Code de procédure pénale: art. 159.

Code de procédure civile et Code de l'organisation judiciaire, 1996: art. 264-284

– GRECE

Décret législatif N° 104 du 11-16 août 1973, sur la santé mentale et les soins des malades souffrants de troubles mentaux.

Code pénal: art. 34, 36 et 69.

– HONG-KONG

Ordonnance N° 46 du 23 juin 1988 portant modification de l'Ordonnance relative à la santé mentale, Hong-Kong Government Gazette, Vol. 130, 24 juin 1988, pp. A205-A230.

– HONGRIE

Loi N° 87 de 1994 portant modification de la Loi N° 2 de 1972 relative à la santé en introduisant une nouvelle version de la rubrique intitulée «Traitement et soins dispensés à des personnes atteintes de maladie mentale», RILS 1996, Vol. 47.

– INDE

Loi N° 14 du 22 mai 1987 portant mise à jour et modification de la loi relative à la dispensation de traitements et de soins aux malades mentaux, portant renforcement de la protection de leurs biens et affaires et visant des fins connexes et accessoires, RILS 1988, Vol. 39.

– ISRAEL

Loi 5751 de 1991 relative au traitement des personnes atteintes de maladie mentale, RILS 1992, Vol. 43.

– ITALIE

Loi N° 36 du 14 février 1904 concernant les dispositions sur les asiles et les aliénés (disposizioni sui manicomi e sugli alienati).

Loi N° 180 du 13 mai 1978 sur les diagnostics et les traitements sanitaires volontaires et forcés (relativa agli accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori), La Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, 16 mai 1978, N° 133, pp. 3491-3494.

Décret N° 93 du 7 avril 1994, «Progetto-obiettivo: Tutela della salute mentale».

Projet de Loi N° 2011 des députés SCOCA et SAIA du 26 juillet 1996, Normes pour la prévention et le traitement des maladies mentales (Norme per la prevenzione e cura delle malattie mentali).

Projet de Loi N° 174, texte unifié, des députés BURANI et PROCACCINI du 6 juillet 2001, Normes pour la prévention et le traitement des maladies mentales (Norme per la prevenzione e cura delle malattie mentali).

Code pénal: art. 88, 89 et 222.

– JAPON

Loi du Japon N° 123 de 1950, en partie modifiée en 1988, relative à la santé mentale RILS 1989, Vol. 40.

– LITUANIE

Loi N° I-924 du 6 juin 1995 relative aux soins de santé mentale, RILS 2001, Vol. 52.

– LUXEMBOURG

Loi du 8 août 2000 portant modification du Chapitre VII du livre 1^{er} du Code pénal, de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, de la Loi du 26 mai 1988 relative au placement des personnes atteintes de troubles mentaux dans des établissements ou services psychiatriques fermés et de la Loi du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire, RILS 2000, Vol. 51.

– NORVEGE

Code pénal: art. 39

Prescriptions N° 706 du 1^{er} juillet 1998 relatives à l'exploitation de cliniques de soins psychiatriques ambulatoires ouvertes aux enfants et adolescents, RILS 1999, Vol. 50.

Loi N° 62 du 2 juillet 1999 relative à la mise en place et à la dispensation de soins psychiatriques (Loi relative aux soins psychiatriques), RILS 1999, Vol. 50.

– NOUVELLE-ZELANDE

Loi N° 46 du 5 juin 1992, redéfinissant les cas et les conditions dans lesquels les personnes peuvent être soumises à une évaluation et un traitement psychiatriques obligatoires, déterminant les droits de telles personnes, assurant une meilleure protection desdits droits et, d'une façon générale, portant mise à jour et modification de la législation relative à l'évaluation et au traitement des personnes atteintes de troubles mentaux, RILS 1993, Vol. 44.

Loi N° 140 de 1999 portant modification de la Loi de 1992 relative à la santé mentale, RILS 2000, Vol. 51.

– PAYS-BAS

Ancienne Loi du 27 avril 1884 sur le contrôle des malades mentaux par l'Etat.

Loi de 1992 relative aux admissions spéciales dans les hôpitaux psychiatriques, RILS 1994, Vol. 45.

Code pénal: art. 37.

– POLOGNE

Loi sur la protection de la santé mentale, du 19 septembre 1994, Gazette officielle, N° 111, item 535, EJHL 1996, pp. 90-94.

- PORTUGAL

Loi N° 2118 du 3 avril 1963 sur la santé mentale.

Code de procédure pénale, modifié par Décret-Loi N° 48/95 du 15 mars 1995.

Décision commune N° 867/2001 du 31 août 2001 du Ministère de la Défense nationale et du Ministère de la Santé, RILS 2001, Vol. 52.

- QATAR

Loi de 1989 relative à la santé mentale, RILS 1998, Vol. 49

- ROYAUME-UNI

Mental Health Act (1983).

Mental Health Review Tribunal Rules de 1983 N° 942.

Code of Practice, Mental Health Act (1983), London, 1990.

Criminal Justice Act de 1991.

Mental Health Review Tribunal (Amendment) Rules 1996.

Human Rights Act 1998.

Arrêté du 18 novembre 2001 relatif au Mental Health Act de 1983 (Adaptation), texte N° 3712 de 2001, RILS 2002, Vol. 53.

- SUISSE

Code pénal: art. 10, 11, 43; art. 59 et 62d ainsi que 64, 64b, 66 (nouveau).

Code civil: art. 397a-397 f.

Constitution: art. 29.

Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, RS 173.110.

Message du Conseil fédéral du 17 août 1977 concernant la modification du Code civil suisse (privation de liberté à des fins d'assistance) et le retrait de la réserve apportée à l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, FF 1977 1.

Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1.

Message du 4 avril 2001 concernant l'initiative populaire «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables», FF 2001 3278.

Message du 23 novembre 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2004 (mise en œuvre de l'art. 123a de la Constitution fédérale sur l'internement à vie pour les délinquants extrêmement dangereux), FF 2006 869.

– République et canton de Genève

Constitution du 25 mai 1947, RSG, A 2 00.

Loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques, RSG, K 1 25 (ancienne K 1 12).

Règlement d'exécution de la Loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques, RSG, K 1 25.01.

Loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients, RSG, K 1 80 (ancienne K 1 30).

Loi sur l'application du code pénal et d'autres lois fédérales en matière pénale, RSG, E 4 10.

Code de procédure pénale, E 4 20.

Règlement sur le régime progressif de l'exécution des peines et de l'internement des délinquants d'habitude, RSG, E 455.03.

Loi sur l'organisation judiciaire, RSG, E 205.

Loi de procédure civile, RSG, E 305.

Règlement sur l'assistance juridique, RSG, E 205.04.

Loi sur l'assistance publique, RSG, J 405.

– TUNISIE

Loi N° 92-83 du 3 août 1992 relative à la santé mentale et aux conditions d'hospitalisation en raison des troubles mentaux, Journal officiel de la République tunisienne, 7 août 1992, N° 52, pp. 1007-1010.

– VENEZUELA

Résolution N° SG-1087 du 19 mai 1995 du Ministère de la santé et de l'assistance sociale portant règles relatives aux hôpitaux dispensant des traitements psychiatriques de jour, RILS 1996, Vol. 47.

Résolution N° SG-1085 du 19 mai 1995 du Ministère de la santé et de l'assistance sociale portant règles relatives aux services de psychiatrie dans les hôpitaux généraux, RILS 1996, Vol. 47.

– ZIMBABWE

Loi de 1996 relative à la santé mentale, RILS 2001, Vol. 52.

Liste des principaux arrêts cités

(Etat au 30 avril 2006)

Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

- CourEDH, affaire Leger c. France, arrêt du 11 avril 2006
- CourEDH, affaire Schenkel c. Pays-Bas, arrêt du 27 octobre 2005
- CourEDH, affaire Nakach c. Pays-Bas, arrêt du 30 juin 2005
- CourEDH, affaire Kolanis c. Royaume-Uni, arrêt du 21 juin 2005
- CourEDH, affaire Storck c. Allemagne, arrêt du 15 mai 2005
- CourEDH, affaire Tám c. Slovaquie, arrêt du 10 novembre 2004
- CourEDH, affaire H. L. c. Royaume-Uni, arrêt du 5 octobre 2004
- CourEDH, affaire R. L. et M.-J. D. c. France, arrêt du 19 mai 2004
- CourEDH, affaire Morsink c. Pays-Bas, arrêt du 11 mai 2004
- CourEDH, affaire Brand c. Pays-Bas, arrêt du 11 mai 2004
- CourEDH, affaire Trácik c. Slovaquie, arrêt du 24 mars 2004
- CourEDH, affaire Rakevich c. Russie, arrêt du 24 mars 2004
- CourEDH, affaire Hutchison Reid c. Royaume-Uni, arrêt du 20 février 2003
- CourEDH, affaire Zeynep Avci c. Turquie, arrêt du 6 février 2003
- CourEDH, affaire Herz c. Allemagne, arrêt du 12 juin 2003
- CourEDH, affaire Waite c. Royaume-Uni, arrêt du 10 décembre 2002
- CourEDH, affaire Mouisel c. France, arrêt du 14 novembre 2002
- CourEDH, affaire Laidin c. France, arrêt du 5 novembre 2002
- CourEDH, affaire Benjamin et Wilson c. Royaume-Uni, arrêt du 26 septembre 2002
- CourEDH, affaire L. R. c. France, arrêt du 27 juin 2002
- CourEDH, affaire D. M. c. France, arrêt du 27 juin 2002
- CourEDH, affaire Migon c. Pologne, arrêt du 25 juin 2002
- CourEDH, affaire Delbec c. France, arrêt du 18 juin 2002
- CourEDH, affaire Stafford c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 2002

CourEDH, affaire D. G. c. Irlande, arrêt du 16 mai 2002
CourEDH, affaire Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni, arrêt du 14 mars 2002
CourEDH, affaire Magalhaes Pereira c. Portugal, arrêt du 26 février 2002
CourEDH, affaire H. M. c. Suisse, arrêt du 26 février 2002
CourEDH, affaire Laumont c. France, arrêt du 8 novembre 2001
CourEDH, affaire Mancini c. Italie, arrêt du 2 août 2001
CourEDH, affaire Rutten c. Pays-Bas, arrêt du 24 juillet 2001
CourEDH, affaire Hirst c. Royaume-Uni, arrêt du 24 juillet 2001
CourEDH, affaire Price c. Royaume-Uni, arrêt du 10 juillet 2001
CourEDH, affaire Keenan c. Royaume-Uni, arrêt du 3 avril 2001
CourEDH, affaire D. N. c. Suisse, arrêt du 29 mars 2001
CourEDH, affaire Donnadiou c. France, arrêt du 27 février 2001
CourEDH, affaire Vodenicarov c. Slovaquie, arrêt du 21 décembre 2000
CourEDH, affaire G. B. c. Suisse, arrêt du 30 novembre 2000
CourEDH, affaire Kudla Andrzej c. Pologne, arrêt du 26 octobre 2000
CourEDH, affaire Grauslys c. Lituanie, arrêt du 10 octobre 2000
CourEDH, affaire Varbanov c. Bulgarie, arrêt du 5 octobre 2000
CourEDH, affaire Oldham c. Royaume-Uni, arrêt du 26 septembre 2000
CourEDH, affaire Jecius Juozas c. Lituanie, arrêt du 31 juillet 2000
CourEDH, affaire B. M. c. Suisse, arrêt du 5 mai 2000
CourEDH, affaire Litwa Witold c. Pologne, arrêt du 4 avril 2000
CourEDH Curley c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mars 2000
CourEDH, affaire Curley c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mars 2000
CourEDH, affaire Seidel c. France, arrêt du 1^{er} janvier 2000
CourEDH, affaire V. c. Royaume-Uni, arrêt du 16 décembre 1999
CourEDH, affaire T. c. Royaume-Uni, arrêt du 16 décembre 1999
CourEDH, affaire Bouilly c. France, arrêt du 7 décembre 1999
CourEDH, affaire Riera Blume et autres c. Espagne, arrêt du 14 octobre 1999
CourEDH, affaire Musial c. Pologne, arrêt du 25 mars 1999
CourEDH, affaire Assenov Anton c. Bulgarie, arrêt du 28 octobre 1998

CourEDH, affaire Erkalo c. Pays-Bas, arrêt du 2 septembre 1998
CourEDH, affaire Aerts c. Belgique, arrêt du 30 juillet 1998
CourEDH, affaire Bernard c. France, arrêt du 23 avril 1998
CourEDH, affaire Raninen c. Finlande, arrêt du 16 décembre 1997
CourEDH, affaire Johnson c. Royaume-Uni, arrêt du 24 octobre 1997
CourEDH, affaire R. M. D. c. Suisse, arrêt du 26 septembre 1997
CourEDH, affaire E. c. Norvège, arrêt du 27 mai 1997, (E. c. Norvège N° 2)
CourEDH, affaire da Silva Rocha c. Portugal, arrêt du 15 novembre 1996
CourEDH, affaire Hussain c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996
CourEDH, affaire Singh c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1996
CourEDH, affaire Iribarne Perez c. France, arrêt du 24 octobre 1994
CourEDH, affaire Wynne c. Royaume-Uni, arrêt du 18 juillet 1994
CourEDH, affaire Vallée c. France, arrêt du 19 avril 1994
CourEDH, affaire Raimondo c. Italie, arrêt du 22 février 1994
CourEDH, affaire Navarra c. France, arrêt du 23 novembre 1993
CourEDH, affaire Costello-Roberts c. Royaume-Uni, arrêt du 25 mars 1993
CourEDH, affaire Herczegfalvy c. Autriche, arrêt du 24 septembre 1992.
CourEDH, affaire Megyeri c. Allemagne, arrêt du 12 mai 1992
CourEDH, affaire Toth c. Autriche, arrêt du 12 décembre 1991
CourEDH, affaire X c. France, arrêt du 31 mars 1991
CourEDH, affaire Keus c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990
CourEDH, affaire Koendjiharie c. Pays-Bas, arrêt du 25 octobre 1990
CourEDH, affaire Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume Uni, arrêt du 25 octobre 1990
CourEDH, affaire Wassink c. Pays-Bas, arrêt du 27 septembre 1990
CourEDH, affaire Cossey c. Royaume-Uni, arrêt du 27 septembre 1990
CourEDH, affaire E. c. Norvège, arrêt du 29 août 1990 (E. c. Norvège N° 1)
CourEDH, affaire Powell et Rayner c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1990
CourEDH, affaire Van der Leer c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1990
CourEDH, affaire Markt Intern Verlag GmbH c. République fédérale d'Allemagne, arrêt du 20 novembre 1989

CourEDH, affaire H. c. France, arrêt du 24 octobre 1989
CourEDH, affaire Bock c. Allemagne, arrêt du 29 mars 1989
CourEDH, affaire Nielsen c. Danemark, arrêt du 28 novembre 1988
CourEDH, affaire Salabiaku c. France, arrêt du 7 octobre 1988
CourEDH, affaire Plattform Ärzte für das Leben c. Autriche, arrêt du 21 juin 1988
CourEDH, affaire Müller c. Suisse, arrêt du 24 mai 1988
CourEDH, affaire Bouamar c. Belgique, arrêt du 29 février 1988
CourEDH, affaire Monnell et Morris c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987
CourEDH, affaire Weeks c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987
CourEDH, affaire Bozano c. Italie, arrêt 18 décembre 1986
CourEDH, affaire Ashingdane c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985
CourEDH, affaire X et Y c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1985
CourEDH, affaire Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1984
CourEDH, affaire Luberti c. Italie, arrêt du 23 février 1984
CourEDH, affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981
CourEDH, affaire Young, James et Webster c. Royaume-Uni, arrêt du 13 août 1981
CourEDH, affaire Guzzardi c. Italie, arrêt du 6 novembre 1980
CourEDH, affaire Sunday Times c. Royaume-Uni, arrêt du 26 avril 1979
CourEDH, affaire Schiesser c. Suisse, arrêt du 4 décembre 1979
CourEDH, affaire Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979
CourEDH, affaire Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt du 8 juin 1976
CourEDH, affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, arrêt du 18 juin 1971

Arrêts du Tribunal fédéral

ATF 131 III 409

ATF 130 I 65

ATF 130 III 734

ATF 130 III 729

ATF 129 I 281

ATF 129 I 249
ATF 128 I 225
ATF 128 III 12
ATF 128 IV 241
ATF 127 I 6
ATF 127 III 385
ATF 127 IV 1
ATF 126 I 172
ATF 126 I 112
ATF 125 Ia 394
ATF 125 III 169
ATF 125 IV 118
ATF 124 I 40
ATF 124 IV 1
ATF 123 IV 1
ATF 122 IV 8
ATF 121 I 297
ATF 121 IV 1
ATF 119 Ia 260
ATF 119 II 319
ATF 118 IV 10
ATF 118 IV 108
ATF 118 IV 213
ATF 118 II 254
ATF 118 II 249
ATF 118 Ia 101
ATF 118 Ia 144
ATF 118 Ia 427
ATF 118 IV 105
ATF 118 IV 213

ATF 117 Ia 30
ATF 115 Ia 293
ATF 115 Ia 246
ATF 115 II 129
ATF 114 Ia 182
ATF 114 II 213
ATF 113 Ia 257
ATF 113 II 392
ATF 112 II 486
ATF 112 II 104
ATF 110 Ia 140
ATF 110 II 122
ATF 109 Ia 350
ATF 109 Ia 169
ATF 107 II 316
ATF 101 IV 129
ATF 97 I 302.
ATF 90 I 29
ATF 89 I 92
ATF 85 I 457
ATF 82 I 274
ATF 81 I 259
ATF 80 IV 1
ATF 76 IV 34
ATF 78 IV 55
ATF 48 II 179

Arrêts du Tribunal fédéral non publiés dans le Recueil officiel

ATF du 2 février 2006 [6S.432/2005] en la cause X c. canton de Vaud
ATF du 1^{er} novembre 2004 [5P.367/2004] en la cause X c. canton Zoug, SJ 2005 78
ATF du 1^{er} novembre 2004 [5C.171/2004] en la cause X c. canton Zoug, SJ 2005 79
ATF du 2 avril 2004 [6S.46/2004] en la cause W. G. c. canton Vaud
ATF du 23 février 2004 [1P.682/2003] en la cause G. A. C. c. canton Genève
ATF du 27 janvier 2004 [1P.708/2003] en la cause X c. canton Genève
ATF du 11 août 2003 en la cause H. c. canton Genève, SJ 2004 128
ATF du 27 janvier 2003 [5C.9/2003] en la cause S. D. C. c. canton St. Gall
ATF du 22 janvier 2003 [5C.11/2003] en la cause S. O. c. canton Berne
ATF du 5 décembre 2002 [5P.363/2002] en la cause V. A. c. canton Genève
ATF du 20 novembre 2002 [5C.250/2002] en la cause J. K. c. canton Berne
ATF du 2 novembre 2002 [6S.376/2002] en la cause X c. canton Neuchâtel
ATF du 4 juillet 2002 [5C.141/2002] en la cause F. c. canton Bâle
ATF du 1^{er} mars 2002 [6S.52/2002] en la cause S. P. c. canton Vaud
ATF du 12 décembre 2001 [5P.19/2001] en la cause S. c. canton Berne
ATF du 21 septembre 2001 [5C.219/2001] en la cause T. c. canton Argovie
ATF du 6 août 2001 [6A.63/2001] en la cause Z. c. canton Zurich
ATF du 18 juillet 2001 [5C.182/2001] en la cause G.H. c. canton Berne
ATF du 2 juillet 2001 [5C.157/2001] en la cause K. c. canton Lucerne
ATF du 30 avril 2001 [6A.31/2001] en la cause B. c. canton Genève
ATF du 28 novembre 2000 [6S.564/2000] en la cause X c. canton Bâle
ATF du 19 janvier 2000 [1P.622/1999] en la cause R. K. c. canton Bâle
ATF du 1^{er} septembre 1999 [1P.550/1998] en la cause F. A. c. canton Zurich
ATF du 8 juillet 1998 en la cause X c. canton Genève, SJ 1999 49
ATF du 18 juin 1998 en la cause B. c. canton Vaud, SJ 1998 736
ATF du 12 novembre 1997 [1P.263/1997] en la cause M. c. canton Genève
ATF du 15 septembre 1997, en la cause M. M. c. canton Genève, SJ 1998 141
ATF du 11 septembre 1997 [5P.292/1997] en la cause C. F. c. canton Zurich

ATF du 13 février 1997 [5P.8/1997] en la cause S. A. c. canton Berne
ATF du 20 janvier 1997 [5C.3/1997] en la cause C. G. c. canton Berne
ATF du 1^{er} mai 1995 [5P.119/1995] en la cause M. P. c. canton Genève
ATF du 14 avril 1994 [1P.585/1993] en la cause A. B. c. canton Genève
ATF du 19 octobre 1992 [5C.155/1992] en la cause B. J. c. canton Berne
ATF du 12 octobre 1992 [1P.472/1992] en la cause P. G. c. canton Jura
ATF du 7 octobre 1993 en la cause Z. c. canton St. Gall, SJ 1994 1
ATF du 19 octobre 1990 [6S.340/1990] en la cause Z. c. canton Genève
ATF du 23 mars 1990 [1P.660/1989] en la cause S. c. canton Zurich
ATF du 12 décembre 1991 [1P.793/1991] en la cause G. c. canton Lucerne
ATF du 27 septembre 1991 [6S.236/1991] en la cause X. c. canton Bâle
ATF du 26 juin 1991 [5P.44/1991] en la cause V. c. canton Zurich
ATF du 18 octobre 1988 [5P.205/1988] en la cause V. T. c. canton Berne
ATF du 29 avril 1982 [1P.19/1982] en la cause A. c. canton Genève
ATF du 28 janvier 1981 [1P.335/1980] en la cause H. R. c. canton Genève, SJ 1983 161

Jurisprudence cantonale

Arrêt de la Cour de cassation du canton de Genève du 8 mai 2001, SJ 2001 573

Arrêt de la Chambre d'accusation du canton de Genève du 28 février 1997, SJ 1998 125

Décision de l'Autorité de surveillance des tutelles du canton de Genève du 29 mai 1995, SJ 1995 710

Liste des ouvrages

Baddeley, Margareta 1994
L'association sportive face au droit
Les limites de son autonomie

Baddeley, Margareta (éd.) 1999
La forme sociale de l'organisation sportive
Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport
de la Faculté de droit de l'Université de
Genève 25 mars 1999

Bellanger, François (éd.) 2000
L'Etat face aux dérives sectaires
Actes du colloque du 25 novembre 1999

Bino, Maria-Antonella 2006
Hospitalisation forcée et droits du malade mental
Etude de droit international et de droit comparé

Cattaneo, Daniele 1992
Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage
Prévention du chômage et
aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen

Chaix, François 1995
Le contrat de sous-traitance en droit suisse
Limites du principe de la relativité des conventions

Chappuis, Christine 1991
La restitution des profits illégitimes
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse

Chatton, Gregor T. 2005
Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO
Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven

Chavanne, Sylvie 1993
Le retard dans l'exécution des travaux de construction
Selon le Code des obligations et la norme SIA 118

Currat, Philippe 2006
Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Défago Gaudin, Valérie 2006
L'immeuble dans la LP: Indisponibilité et gérance légale

Ducrot, Michel 2005
La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral

- Dunand, Jean-Philippe* 2000
Le transfert fiduciaire: «Donner pour reprendre»
Mancipio dare ut remancipetur
 Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005
Le dommage écologique
 Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998
Les paiements transfrontières dans un espace financier européen
- Foëx, Bénédicte* 1997
Le contrat de gage mobilier
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992
Le principe de la double incrimination
 En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garrone, Pierre* 1991
L'élection populaire en Suisse
 Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997
La nature cassatoire du recours de droit public
 Mythe et réalité
- de Gottrau, Nicolas* 1999
Le crédit documentaire et la fraude
 La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000
La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers
- Guibentif, Pierre* 1997
La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
 Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Hack, Pierre* 2003
La philosophie de Kelsen
 Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000
Le principe de l'universalité en droit pénal international
 Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990
L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse
- Hottelier, Michel* 1995
Le Bill of Rights et son application aux Etats américains
 Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
 Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
 Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
 Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals

Kastanas, Elias 1993

Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce

Lampert, Frank 2000

Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG

Languin, Noëlle/ 1994

*Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/
Roth, Robert/Sardi, Massimo/
Strasser, François Roger*

La libération conditionnelle: risque ou chance?

La pratique en 1990 dans les cantons romands

Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/ 2006
Robert, Christian-Nils

L'art de punir

Les représentations sociales d'une «juste» peine

Mani, Dominique 1999

Les droits du patient face à la médecine contemporaine

Mandofia Berney, Marina 1993

Vérités de la filiation et procréation assistée

Etude des droits suisse et français

Marchand, Sylvain 1994

Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale

Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse

Martenet, Vincent 1999

L'autonomie constitutionnelle des cantons

Morand, Charles-Albert (éd.) 1991

Les instruments d'action de l'Etat

Morand, Charles-Albert (éd.) 1992

Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination

Morand, Charles-Albert (éd.) 1992

La légalité: un principe à géométrie variable

Morand, Charles-Albert (éd.) 1995

Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures

Morand, Charles-Albert (éd.) 1996

La pesée globale des intérêts
Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire

Moreno, Carlos 2002

Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document

Morin, Ariane 2002

La responsabilité fondée sur la confiance

Etude critique des fondements d'une innovation controversée

Oberson, Xavier 1991

Les taxes d'orientation

Nature juridique et constitutionnalité

Papaux van Delden, Marie-Laure 2002

L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux

Peter, Henry 1990

L'action révocatoire dans les groupes de sociétés

Pont Veuthey, Marie-Claire 1992

Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Rohmer, Sandrine 2006

Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée

Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique

Scartazzini, Gustavo 1991

Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale

Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Schneider, Jacques-André 1994

Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation

Etude de droit suisse et comparé

Stieger-Chopard, Arlette 1997

L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme

Etude de droit allemand et de droit suisse

Tanquerel, Thierry 1996

Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis

Tevini Du Pasquier, Silvia 1990

Le crédit documentaire en droit suisse

Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

Trigo Trindade, Rita 1996

Le conseil d'administration de la société anonyme

Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

Voïnov Kohler, Juliette 2006

Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit

Vulliéty, Jean-Paul 1998

Le transfert des risques dans la vente internationale

Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005

La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997

Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ 2001

Delley, Jean-Daniel/Hottelier, Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998

Meyer-Pritzl, Rudolf/Winiger, Bénédicte (éd.)

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000

Insolence, désendettement et redressement

Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Professeur à l'Université de Genève

Kellerhals, Jean/ 2002

Manai, Dominique/Roth, Robert (éd.)

Pour un droit pluriel

Etudes offertes au Professeur Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997

Problèmes actuels de droit économique

Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998

De l'autre côté du miroir

Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995

Droit des obligations et droit bancaire

Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006

**Droit de la consommation/
Konsumentenrecht/Consumer Law**

Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs

Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal

Mélanges en l'honneur du Professeur Raoul Oberson 1995

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001

Trechsel, Alexander H.

Voter par Internet

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/

Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000

Feuerwerk Volksrechte

Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire»,
«Les grands jurisconsultes» et
«Grands textes»)

*Dufour, Alfred/Roth, Robert/
Walter, François (éd.)* 1994

**Le libéralisme genevois, du Code civil
aux constitutions (1804–1842)**

Dufour, Alfred (éd.) 1998

**Hommage à Pellegrino Rossi
(1787–1848)**

Genevois et Suisse à vocation
européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001

Rossi, Pellegrino

Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003

**L'histoire du droit entre philosophie
et histoire des idées**

Dunand, Jean-Philippe 2004

Keller, Alexis (éd.)

Stein, Peter

Le droit romain et l'Europe

Essai d'interprétation historique,
2^{ème} éd.

Maniï, Dominique 1990

Eugen Huber

Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002

Bonaparte et la Suisse

Travaux préparatoires de l'Acte de
Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003

Bonaparte, la Suisse et l'Europe

Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Reiser, Christian M. 1998

**Autonomie et démocratie dans les
communes genevoises**

*Schmidlin, Bruno/
Dufour, Alfred (éd.)* 1991

Dufour, Alfred (éd.)

**Jacques Godefroy (1587–1652) et
l'Humanisme juridique à Genève**

Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997

La responsabilité aquilienne romaine

Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002

**La responsabilité aquilienne
en droit commun**

Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Hottelier, Michel/ 1999

Foëx, Bénédicte (éd.)

Les gages immobiliers

Constitution volontaire et réalisation
forcée

Hottelier, Michel/ 2001

Foëx, Bénédicte (éd.)

L'aménagement du territoire

Planification et enjeu

Hottelier, Michel/ 2003

Foëx, Bénédic (éd.)

La propriété par étages

Fondements théoriques et questions
pratiques

Hottelier, Michel/ 2005

Foëx, Bénédic (éd.)

**Protection de l'environnement
et immobilier**

Principes normatifs et
pratique jurisprudentielle

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002

Tanquerel, Thierry (éd.)

Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry /

Bellanger, François (éd.) 2002

L'administration transparente

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2005

Winiger, Bénédic (éd.)

Le préjudice

Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

Etier, Guillaume 2006

Du risque à la faute

Evolution de la responsabilité civile
pour le risque du droit romain au droit
commun

Jusqu'à la première moitié du XX^e siècle, le malade mental, ou plus couramment le « fou », était victime d'exclusion et de ségrégation. Aujourd'hui, il est considéré comme un malade à part entière avec les mêmes droits, voire davantage, que le patient physique ordinaire.

Ce changement de statut soulève une série de problèmes, qui interpelle aussi bien le législateur que le praticien. Qu'est-ce qu'est la maladie mentale en droit ? Le malade mental a-t-il le droit de participer personnellement à sa procédure d'hospitalisation ? A-t-il le droit de connaître et de contester les conclusions médicales « à charge » ? Quel est le pouvoir d'appréciation réel du juge de l'hospitalisation forcée en matière d'expertise psychiatrique ? Quelle est la vraie portée du droit d'accès au dossier médical ? Que faire face à un enfant malade mental ? Le malade mental délinquant est-il présumé dangereux ? Comment gérer la crainte accrue à l'égard de certains malades mentaux considérés comme violents et incurables que l'on voudrait éloigner à tout jamais de notre société ?

Pour répondre à ces questions, et à beaucoup d'autres encore, l'auteure prend en considération les nouvelles règles d'éthique psychiatrique qui prônent l'instauration d'un véritable partenariat entre psychiatre et patient et rend compte de l'état du droit international et comparé qu'elle articule en trois parties : *la notion de « malade mental »*, puis *la privation de liberté avec ses formes et conditions*, et, enfin, *les droits procéduraux*.