

JUSTICE & CASSATION

Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Dossier

*Le contentieux
du droit souple*

Conférence de l'Ordre et Conférence du stage

Miscellanées des titulaires du CAPAC

 ORDRE DES AVOCATS
AU CONSEIL D'ÉTAT
ET À LA COUR DE CASSATION

Lefebvre Dalloz

DALLOZ

2023



Le contentieux du droit souple en santé mentale : quels enseignements ?

Olivier Renaudie

Professeur à l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne,
directeur du master 2 Contentieux public

Lorsque l'on songe au contentieux du droit souple, la santé mentale n'est pas le domaine qui vient spontanément à l'esprit. Pourtant, santé mentale et droit souple entretiennent une relation originale. Pour prendre la mesure de cette relation, il convient de la replacer dans un certain contexte, marqué par les mouvements contemporains affectant le droit de la santé mentale.

Le premier mouvement est celui de fondamentalisation¹. Il tient à l'importance prise par les droits fondamentaux, à savoir ceux consacrés au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, dans le corpus de règles applicables aux personnes atteintes de troubles mentaux. C'est ainsi notamment qu'en quelques années, le Conseil constitutionnel s'est imposé comme l'un des principaux acteurs de la protection de ces dernières. Cela s'explique par la multiplication des questions prioritaires de constitutionnalité portant sur des dispositions législatives relatives à la santé mentale², dont le Conseil a été saisi. Certaines décisions rendues à la suite de ces saisines ont en effet été l'occasion de poser des principes et de faire évoluer la législation applicable. On pense en particulier à la décision du 26 novembre 2010³ par laquelle le Conseil s'est prononcé pour la première fois sur les exigences constitutionnelles pesant sur l'hospitalisation sans consentement, justifiant une profonde réforme des dispositions du code de la santé publique⁴. Au fur et à mesure des décisions rendues, on a ainsi vu émerger ce que l'on pourrait appeler un statut constitutionnel de la personne souffrant de troubles mentaux.

Le deuxième mouvement est celui d'autonomisation. Parmi les règles applicables en matière de santé, celles relatives à la santé mentale occupent désormais une place à part. Comme le montrent les évolutions récentes du droit de la santé mentale, ce dernier donne lieu à l'élaboration de règles propres et de solutions particulières, qui peuvent conduire à se demander aujourd'hui si le droit de la santé mentale se situe au sein ou en marge du

(1) V. par exemple C. Lantero, *Réflexions sur la fondamentalisation des droits des patients. L'exemple de la violation du consentement*, RDSS 2022. 216.

(2) V. notamment F. Jacquilot, *La protection de la santé par le Conseil constitutionnel*, RFDC 2018. 514-531 et D. Roman, *La cause des droits. Écologie, progrès social et droits humains*, Dalloz, 2022.

(3) Cons. const. 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, AJDA 2011. 174, note X. Bioy ; *ibid.* 2010. 2284 ; D. 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2565, obs. A. Laude ; RFDA 2011. 951, étude A. Pena ; RDSS 2011. 304, note O. Renaudie ; Constitutions 2011. 108, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2011. 101, obs. J. Hauser.

(4) L. n° 2011-803 du 5 juill. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

droit de la santé⁵. On peut faire remonter cette évolution à la loi du 26 janvier 2016 relative à la modernisation du système de santé⁶ : alors qu'elle oblige les agences régionales de santé à se doter d'un projet régional de santé, dont on pourrait penser qu'il comprend un volet consacré à la santé mentale, celle-ci crée par ailleurs un outil spécifique, le projet territorial de santé mentale⁷. La même observation peut être faite à propos des contrats territoriaux de santé mentale⁸, lesquels sont distingués par le code de la santé publique des contrats territoriaux de santé.

Le troisième mouvement est celui de dispersion. Qui pourrait aujourd'hui affirmer que toutes les règles applicables à la santé mentale figurent dans un seul et même texte, à savoir le code de la santé publique ? Aussi imposant soit-il, ce dernier ne comprend que les règles législatives et réglementaires. Loin de se limiter à ces dernières, le droit de la santé mentale émane désormais d'acteurs toujours plus divers. D'abord, il y a les règles issues de traités internationaux et européens⁹. Ensuite, il y a celles issues de la jurisprudence, des juridictions administratives et judiciaires françaises, mais également de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰. Enfin, il y a les règles que l'on regroupe désormais sous l'expression de « droit souple ». Comme a pu le préciser le Conseil d'État¹¹, celui-ci regroupe l'ensemble des instruments réunissant les trois conditions cumulatives suivantes : ils ont pour objet de modifier et d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion ; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation qui les apparentent à des règles de droit¹². Particulièrement nombreux dans le domaine de la santé mentale, ces actes renvoient notamment aux notes de service, projets, chartes ou encore recommandations de bonnes pratiques.

Ce sont précisément ces actes qui retiendront notre attention dans le cadre de cette contribution. Deux raisons peuvent être avancées pour justifier ce choix. La première raison est d'ordre épistémologique. Elle tient à ce que les juristes s'intéressant aux questions relatives à la santé mentale les appréhendent généralement sous l'angle des restrictions apportées aux libertés fondamentales des personnes malades. Ce point de vue conduit à surdéterminer l'importance des normes constitutionnelles et internationales garantissant ces libertés, et à délaissier celles situées au plus bas de la hiérarchie des normes. Il est permis de se demander si cela ne conduit pas à passer à côté de la réalité. En effet, comme le souligne Geneviève Koubi, « par-delà les ordonnancements intervenus depuis la fin de ce siècle, ces textes, dépourvus de force décisive envers les soignants, mais

instigateurs de contraintes pour les soignés, constituent la matière juridique de la psychiatrie publique »¹³. S'ajoute à cela, comme l'ont montré de nombreuses études sociologiques, que les règles les plus importantes pour l'exercice quotidien de leurs fonctions sont celles qui sont les plus proches des acteurs concernés¹⁴. La seconde raison est d'ordre contentieux. Depuis la « canalisation du droit souple »¹⁵ par le Conseil d'État, on assiste à une multiplication des recours devant le juge administratif en matière de santé mentale. L'une des explications

(5) V. M. Couturier, La santé mentale dans la loi du 26 janvier 2016 : une évolution des cadres sans révolution des pratiques, RDSS 2016. 683.

(6) L. n° 2016-41 de modernisation de notre système de santé.

(7) Art. 69 de la loi n° 2016-41 modifiant l'article L. 3221-1 I. du code de la santé publique.

(8) CSP, art. L. 3221-1 III.

(9) Sur ce point, v. M. Poulain, Les nouveaux instruments du droit international de la santé. Aspects de droit des traités, AFDI 2005, vol. 51, p. 373-400.

(10) S'agissant de cette dernière, v. notamment P. Bartlett, Capacité juridique, limitation de la liberté d'aller et venir et droits de l'homme, RDSS 2015. 995.

(11) *Le droit souple*, Étude annuelle, Doc. fr., 2013.

(12) *Le droit souple*, préc., p. 61-62.

(13) Courts circuits circulaires du service public en santé mentale in G. Koubi, G. Hennion-Jacquet et V. Azimi, dir., *L'institution psychiatrique au prisme du droit. La folie entre administration et justice*, Ed. Panthéon-Assas, 2015, p. 169.

(14) V. notamment L. Velpry, P. Vidal-Naquet et B. Eyraud, dir., *Contrainte et consentement en santé mentale*, Presses universitaires de Rennes, 2018.

(15) C. Testard, Le droit souple, une « petite » source canalisée, AJDA 2019. 934.

tient certainement à la prise en compte croissante par l'État de la dimension psychique des personnes, témoignant de l'émergence d'un sujet psychique dans la sphère juridique¹⁶.

Pour ces deux raisons au moins, il semble pertinent de s'interroger sur la portée du droit souple en santé mentale. Plus précisément, il convient de se demander quels enseignements il est possible de tirer de son contentieux. Pour répondre à cette interrogation, on peut distinguer ceux relatifs à l'usage du droit souple (I.) et ceux concernant le contrôle du juge (II.).

I. Les enseignements relatifs à l'usage du droit souple

Depuis quelques années, on assiste à une montée en puissance du droit souple dans le champ de la santé mentale. Un tel constat conduit à s'interroger sur les raisons pour lesquelles on recourt à de tels instruments. Dès lors, il convient d'étudier l'essence (A.), puis les sens (B.) du droit souple en santé mentale.

A. L'essence

De quoi le droit souple en santé mentale est-il le nom ? C'est en ces termes que l'on pourrait formuler l'interrogation suscitant notre attention. La réponse à celle-ci ne nécessite pas de circonvolution : le droit souple en santé mentale est le produit de l'avènement de l'État régulateur. Avant de revenir sur la manière dont il faut entendre cette dernière expression, il n'est pas inutile de rappeler que la santé est une affaire d'État. Comme le précise l'article L. 1411-1 du code de la santé publique, « la politique de santé relève de la responsabilité de l'État »¹⁷.

Pendant longtemps, l'État a élaboré seul la politique de santé et appliqué celle-ci de manière verticale et autoritaire, principalement par le biais du ministère de la santé et de ses services administratifs déconcentrés. Les choses ont changé à partir de la fin des années 1970, marquées par une mutation de l'État, devenu régulateur¹⁸. L'idée essentielle sur laquelle repose ce concept est la suivante : la régulation¹⁹ est susceptible d'être utilisée pour faire ressortir l'une des fonctions essentielles de l'État en tant qu'instance préposée au maintien de la cohésion sociale : comme le souligne Jacques Chevallier, « l'État apparaît au fond comme un principe d'ordre, dont l'intervention permet de faire tenir ensemble les divers éléments constitutifs de la société en leur imposant la discipline d'un projet collectif »²⁰. Cette situation implique, d'une part, une nouvelle manière de produire du droit et, d'autre part, un nouveau rapport au droit²¹.

S'agissant du premier point, il convient de rappeler que classiquement, l'État est la source exclusive de la normativité juridique. La régulation a très largement remis en cause cette idée et conduit à adapter les principes d'organisation de l'État et la manière de produire le droit. On a ainsi vu émerger de nouveaux acteurs en charge de produire le droit dans certains secteurs considérés comme techniques et/ou sensibles. Ceux-ci ont pris la forme d'agences ou d'autorités administratives

(16) V. G. Aidan, *La vie psychique, objet du droit*, CNRS éd., 2022.

(17) En tant que politique relevant de l'État, la santé n'est par ailleurs guère décentralisée. Sur ce point, v. S. Brimo et O. Renaudie, dir., *Santé et territoire(s)*, LexisNexis, 2022 et D. Tabuteau, *L'évolution des politiques de santé*, *Just&Cass* 2021. 135.

(18) Sur le sujet, v. J. Chevallier, *L'État régulateur*, *RFAP* 2004, n° 111, p. 473-482.

(19) Sur la notion de régulation, voir notamment L. Calandri, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2008 et G. Timsit, *Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation*, *RFAP* 1996, n° 78, p. 375-384.

(20) J. Chevallier, art. préc., p. 474.

(21) Sur ces points, v. J. Chevallier, art. préc., p. 480-482.

indépendantes. La multiplication de ces acteurs a entraîné un éclatement de la production du droit, mais également une montée en puissance de la figure de l'expert. Le secteur de la santé est exemplaire de cette transformation²² : ces dernières années ont été marquées par la création de multiples agences, comme celle du médicament et des produits de santé, celle de la biomédecine²³ ou encore Santé publique France²⁴, ainsi que d'autorités indépendantes, comme par exemple la Haute Autorité de santé ou le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, dont les compositions font la part belle aux experts du secteur.

S'agissant du second point, la régulation a eu pour conséquence un « usage différent de la technique juridique »²⁵. Il convient de rappeler que le droit « classique » se définit comme un ensemble de règles de conduite sociales, qui sont obligatoires et sanctionnées en cas de non-respect. Ainsi se présente-t-il généralement comme abstrait et autoritaire. Le droit de la régulation est différent : il est marqué par un certain « pragmatisme »²⁶, lequel se manifeste par l'association des destinataires à l'élaboration des normes et un processus d'adaptation permanente. Il se traduit par ailleurs par l'emploi de nouveaux instruments : plutôt que de recourir aux commandements juridiques traditionnels, on utilise des techniques relevant d'une « direction non autoritaire des conduites »²⁷. Ainsi s'explique-t-on l'apparition d'un droit dit souple, incarné par des actes comme les directives, les objectifs, les recommandations, les orientations ou les plans. Là encore, la santé a été exemplaire du développement de tels instruments. On a ainsi vu se multiplier les recommandations de bonnes pratiques, les codes de conduite, les avis ou encore les chartes, autant d'outils normatifs désormais familiers du droit de la santé mentale.

B. Les sens

À la question de savoir à quoi sert le droit souple en santé mentale, on peut répondre de manière générale, puis de manière plus précise, en s'appuyant sur des exemples concrets.

De manière générale, les fonctions attribuées au droit souple, aussi bien par le Conseil d'État²⁸, que par la doctrine²⁹, sont de deux types. D'une part, le droit souple peut être un instrument d'accompagnement du droit classique. Tel est le cas pour les autorités qui disposent du pouvoir d'explicitier la réglementation existante. L'adoption d'avis, de circulaires ou de documents de portée générale leur permet alors de préciser un élément de la réglementation. Les acteurs concernés peuvent ainsi prévoir l'usage que fera l'autorité de ses pouvoirs. C'est ainsi par exemple que, dans une circulaire du 23 février 2022 relative aux actions de sensibilisation et de formation au secourisme en santé mentale

dans la fonction publique³⁰, le directeur général de la santé précise les objectifs et les modalités du dispositif de formation au secourisme en santé mentale, afin que celui-ci puisse être généralisé à l'initiative des employeurs publics. L'on prend la peine de mentionner que ces orientations ont pour but d'« inviter les employeurs publics à participer à l'effort de développement et de connaissance de formation en santé mentale. D'autre part, le droit souple peut être un instrument de rem-

(22) V. notamment D. Benamouzig et J. Besançon, Les agences, alternatives administratives ou nouvelles bureaucraties techniques ? Le cas des agences sanitaires, *Horizons stratégiques*, 2007, n° 3, p. 10-24.

(23) Sur cette agence, v. A. Courrèges, L'Agence de la biomédecine, un modèle original au service de la loi bioéthique, *Just&cass*. 2021. 61.

(24) Ord. n° 2016-462 du 14 avr. 2016 portant création de l'Agence nationale de santé publique.

(25) J. Chevallier, art. préc., p. 480.

(26) G. Timsit, art. préc., p. 376.

(27) P. Amsselek, L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales, *RD publ.* 1982. 288.

(28) *Le droit souple*, préc., p. 86-103.

(29) V. par ex., J.-M. Jacquet, L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double), *Mélanges Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 331-349.

(30) Circ. du 23 févr. 2022 relative aux actions de sensibilisation et de formation au secourisme en santé mentale dans la fonction publique.

placement du droit classique. Il faut en effet avoir à l'esprit que de nombreux acteurs, notamment certaines autorités de régulation, n'ont pas le pouvoir de prendre des décisions contraignantes s'imposant à leurs destinataires et ne sont pas dotées d'un pouvoir de sanction. Dès lors, l'exercice de leurs missions ne peut prendre que la forme de l'influence et, donc, du droit souple. À titre d'illustration, on peut souligner que le Défenseur des droits et la Haute Autorité de santé ne dispose pas de la compétence pour prendre des décisions à caractère obligatoire, mais seulement des suggestions et des recommandations.

De manière plus précise, on peut prendre deux illustrations de recours au droit souple en santé mentale, afin d'en identifier les fonctions. La première illustration est la charte de la personne hospitalisée, qui est annexée au livret d'accueil remis aux patients lors de leur admission dans un établissement de santé³¹. On le sait, celle-ci dresse la liste des droits des personnes accueillies dans les établissements de santé. Malgré son appellation solennelle, un tel acte n'a aucune force contraignante. En effet, son objet n'est pas de consacrer des droits mais d'en rappeler l'existence. En cela, il s'agit moins de poser une nouvelle règle, que de favoriser la bonne application du droit existant³². Il est ainsi possible d'affirmer que cette charte exerce une triple fonction : d'abord, elle codifie ces droits, c'est-à-dire qu'elle rassemble en un seul et même document des droits dispersés dans différents textes législatifs ; ensuite, elle contribue à faire connaître ces droits aux personnes concernées ; enfin, elle fait œuvre de pédagogie en précisant le contenu de ces droits et le sens qu'il convient de leur donner. La seconde illustration est le contrat territorial de santé mentale. Comme le prévoit l'article L. 3221-2 du code de la santé publique³³, celui-ci a pour objet de décliner les actions à mettre en œuvre dans le cadre du projet territorial de santé mentale. Conclu entre l'agence régionale de santé et les acteurs territoriaux concernés par la santé mentale, il définit les engagements des signataires et les moyens qu'ils y consacrent. Malgré l'appellation donnée par le législateur, il ne s'agit pas d'un véritable contrat dans la mesure où il n'emporte par lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation des actions qu'il prévoit³⁴. S'il n'est pas un contrat au sens strict, il n'en exerce pas moins deux fonctions. La première fonction est d'ordre symbolique : le recours au contrat laisse penser que tous les signataires de celui-ci, le directeur de l'agence régionale de santé, les représentants des établissements de santé, les élus locaux ou encore les usagers sont sur un pied d'égalité³⁵. La seconde fonction est d'ordre programmatique : un tel instrument sert à planifier le contenu d'une politique publique locale en santé mentale et à répartir les missions et charges pour les années à venir.

Produit d'une nouvelle vision de l'État, le droit souple en santé mentale s'analyse comme un outil de régulation des soins. En tant que tel, il exerce diverses fonctions, d'information, de codification, de programmation et d'aide à la décision. D'autres enseignements peuvent être tirés à propos du contrôle juridictionnel exercé sur les actes en relevant.

II. Les enseignements relatifs au contrôle du juge

Longtemps ignoré par le juge, le droit souple en santé mentale peut être considéré aujourd'hui comme un laboratoire du contentieux du droit souple. En effet, on peut tirer des enseignements de celui-ci tenant aussi bien à la justiciabilité (A), qu'à l'intensité du contrôle du juge (B).

(31) CSP, art. L. 1112-2. Sur le sujet, v. F. Grabias, Retour sur vingt ans de démocratie sanitaire in B. Py, dir., *20 ans de la loi du 4 mars 2002. Droits des patients. Quid novi ?*, LEH éd., 2022, p. 106-122.

(32) V. en ce sens V. Bléhaut-Dubois, À « l'école des chartes », AJDA 2004. 2431 et J.-M. Pontier, Les schémas dans l'ordonnement juridique, AJDA 2018. 957.

(33) Art. 69 de la loi (art. L. 3221-2.-I. du CSP).

(34) V. en ce sens, à propos des contrats de plan État-région, CE 25 oct. 1996, n° 169557, *Association Estuaire-Ecologie*, Lebon ; AJDA 1996. 1048 ; D. 1997. 441, note C. Le Noan ; RFDA 1997. 339, concl. J.-H. Stahl ; *ibid.* 343, note Y. Madiot.

(35) V. en ce sens Y. Fortin, dir., *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés*, L'Harmattan, 1999.

A. La justiciabilité

La justiciabilité³⁶ est un concept, qui peut se définir comme la possibilité de contester un acte en justice. Il faut en effet rappeler que tous les actes juridiques ne sont pas justiciables : tel est le cas d'un certain nombre de droits sociaux, que l'on considère trop imprécis et trop flous, pour être invoqués devant un juge³⁷. Ainsi, pour qu'un acte soit justiciable, il convient que deux éléments³⁸ soient réunis : le premier tient à l'existence d'une juridiction dont l'acte concerné pourrait relever ; le second tient à la possibilité de former un recours juridictionnel contre l'acte concerné. S'agissant du droit souple, les choses ont été longtemps relativement simples. D'un côté, les actes relevant du droit classique étaient considérés comme justiciables au regard de leur caractère obligatoire et de leur capacité à modifier l'ordonnement juridique. De l'autre côté, les actes relevant du droit souple apparaissaient injusticiables car dépourvus de force obligatoire et insusceptibles de modifier l'ordonnement juridique. Justifiée d'un point de vue théorique, cette situation n'en était pas moins paradoxale en raison de l'importance prise par le droit souple dans certains secteurs d'activité³⁹. Plus encore, on pouvait considérer comme injuste l'impossibilité de contester devant un juge ces instruments de droit souple, alors même qu'en pratique, en dépit de leur absence de caractère obligatoire, ceux-ci se révèlent déterminants dans la direction des conduites des professionnels concernés. C'est donc tout sauf un hasard si c'est précisément en matière sanitaire que le Conseil d'État a souhaité faire évoluer sa position et affirmé la justiciabilité de certains actes relevant du droit souple, en l'espèce les recommandations de bonnes pratiques. Cette évolution s'est faite en plusieurs étapes.

La première étape est la décision du Conseil d'État rendue en 2011, *Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP)*⁴⁰, relative à la contestation d'une recommandation de bonnes pratiques de la Haute Autorité de santé. Jusqu'à cette décision, le Conseil d'État avait toujours refusé d'admettre un recours contre ce type d'acte, estimant que les recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de santé étaient dénuées de caractère contraignant pour leurs destinataires⁴¹. Dans la décision *FORMINDEP*, la haute juridiction va opérer un revirement de jurisprudence au terme d'un raisonnement en trois temps. Dans un premier temps, le Conseil d'État rappelle qu'en vertu de l'article R. 4127-32 du code de la santé publique, les médecins doivent s'engager « à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises

par la science »⁴². Si un médecin ne tient pas compte de ces données, il est passible de sanctions disciplinaires. Dans un deuxième temps, le juge constate que les données acquises par la science résultent principalement des recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de santé. Dans un troisième temps, le juge fait valoir l'autorité de ces recommandations dans l'action des médecins : comme le souligne le rapporteur public Claire Landais, « les recommandations de la Haute Autorité de santé s'imposent effectivement aux professionnels de santé qui, à tout le moins, courent un risque

(36) Sur le concept de justiciabilité, v. C. Attias, *Justiciabilité* in L. Cadiet, dir., *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 798.

(37) Sur la justiciabilité des droits sociaux, v. D. Roman, *La justiciabilité des droits sociaux, vecteurs et résistances*, Pedone, 2012.

(38) Sur ces deux éléments, v. G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Le Seuil, 2001, p. 46 et 85.

(39) Sur les secteurs d'activité particulièrement concernés par l'essor du droit souple, voir Conseil d'État, *Le droit souple*, préc., p. 23 s.

(40) CE 27 avr. 2011, n° 334396, *Association pour une formation médicale indépendante*, Lebon ; AJDA 2011. 877 ; *ibid.* 1326, concl. C. Landais ; D. 2011. 1287 ; *ibid.* 2565, obs. A. Laude ; RDSS 2011. 483, note J. Peigné. Sur cette décision, et plus généralement sur le statut des recommandations de bonnes pratiques de la haute autorité de santé, v. F. Savonitto, *Les recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de santé*, RFDA 2012. 471.

(41) V. en ce sens CE 12 oct. 2009, n° 322784, *Glaxosmithkline Biologicals (Sté), Laboratoire Glaxosmithkline (Sté)*, Lebon ; RDSS 2010. 165, obs. C. Mascaret. Sur la jurisprudence antérieure à 2011, v. P. Loiseau, *La force normative des recommandations de bonnes pratiques médicales* in C. Thibierge, *La force normative du droit. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 613-622.

(42) L'article R. 4127-32 est ainsi rédigé : « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ».

important à s'en écarter [...] »⁴³. À ce titre, le Conseil d'État considère ces actes comme justiciables et accepte d'examiner un recours formulé à leur encontre. Cette décision est essentielle pour de multiples raisons. D'abord, elle atteste de l'importance prise par le droit souple dans le domaine sanitaire. Cette importance n'est pas seulement quantitative. Elle est également qualitative : le Conseil d'État reconnaît que le droit souple, en l'espèce les recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de santé, participent à l'encadrement de l'action des professionnels de santé⁴⁴. Ensuite, en affirmant que ces recommandations de bonnes pratiques ne se contentent pas d'orienter ou de suggérer mais imposent des sujétions, cette décision contribue à les rapprocher du droit classique : le droit souple devient dur... Enfin, en estimant que ces recommandations produisent des effets juridiques, elle en déduit qu'elles sont justiciables, donc que le juge, en l'espèce le juge administratif, est compétent pour les contrôler.

La deuxième étape est la décision du Conseil d'État rendue en 2014, *Association lacanienne internationale*⁴⁵, laquelle intéresse au premier chef la santé mentale. Un recours avait été formé par une association contre une recommandation de bonnes pratiques de la Haute Autorité de santé intitulée « Autisme et autres troubles envahissant du développement : interventions éducatives et thérapeutiques coordonnées chez l'enfant et l'adolescent ». Reprenant le raisonnement tenu dans la décision *FORMINDEP*, le Conseil d'État s'estime compétent pour examiner ce recours. Le premier enseignement à tirer de cette décision est donc que le juge n'opère pas de distinction, selon que la recommandation de bonnes pratiques porte sur la santé physique ou psychique. Le second enseignement est qu'il est désormais possible à une personne physique, un malade par exemple, ou morale, une association comme en l'espèce, de faire un recours juridictionnel contre une recommandation de bonnes pratiques en santé mentale, afin d'en contester le bien-fondé.

La troisième étape, dont le champ excède largement la santé, est la décision *GISTI*⁴⁶ du Conseil d'État de 2020. Par cette décision, la Haute juridiction a estimé que les « documents de portée générale » sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation. Plus précisément, il a été estimé que « les documents de portée général[e] émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices »⁴⁷. Or, on l'a souligné, de tels documents sont très nombreux dans le domaine sanitaire⁴⁸, et dans celui de la santé mentale en particulier⁴⁹.

B. L'intensité du contrôle juridictionnel

Aussi remarquable soit-elle, l'ouverture du prétoire du juge aux recours contre le droit souple en santé mentale n'en suscite pas moins de multiples interrogations. Parmi celles-ci, la question de l'intensité du contrôle juridictionnel tient une place de choix, ne serait qu'en raison de la relation délicate entre l'expertise

(43) Concl. préc., p. 1328.

(44) V. F. Savonitto, art. préc., p. 473.

(45) CE 23 déc. 2014, n° 362053, *Association lacanienne internationale*.

(46) CE 12 juin 2020, n° 418142, *Groupe d'information et de soutien des immigrés*, Lebon avec les conclusions ; AJDA 2020. 1196 ; *ibid.* 1407, chron. C. Malverti et C. Beaufils ; AJ fam. 2020. 426, obs. C. Bruggiamosca ; AJCT 2020. 523, Arrêt du mois S. Renard et E. Pechillon ; RFDA 2020. 785, concl. G. Odinet ; *ibid.* 801, note F. Melleray.

(47) Décision préc.

(48) V. en ce sens B. Apollis et D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 11^e éd., 2022, p. 21.

(49) V. par ex. CE 17 déc. 2020, n° 446797, à propos d'un protocole national relatif à la santé physique et psychique des salariés.

scientifique et le juge⁵⁰. Sur le sujet, on peut distinguer la nature du contrôle exercé et sa portée.

S'agissant de la nature du contrôle exercé, elle varie, comme l'a montré Christophe Testard, selon le pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité ayant édicté l'acte de droit souple concerné⁵¹. En matière de santé mentale, le juge utilise le plus fréquemment le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, qui se caractérise, on le sait, par la seule censure des erreurs grossières. L'idée est la suivante : le juge ne souhaite pas se substituer aux experts. Dès lors, il fait le choix d'un contrôle distancié : si l'on schématise, il s'agit pour l'essentiel, sur la forme, d'examiner si la procédure d'édition de l'acte n'a pas été viciée et, sur le fond, de vérifier que cette dernière « [...] ne dise pas n'importe quoi »⁵². Par exemple, dans sa décision *Association lacanienne internationale*⁵³, le Conseil d'État a annulé la recommandation de bonnes pratiques, relative à des indications sur le traitement de l'autisme, en raison d'un vice de procédure, en l'espèce l'absence de consultation préalable du conseil scientifique de l'Agence nationale de l'évaluation des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM). En revanche, le contenu de la recommandation, qui était contesté par l'association requérante, a été sommairement contrôlé, afin de vérifier simplement l'absence d'erreur grossière dans l'appréciation des faits. Comme le montre l'extrait de la décision reproduit en note⁵⁴, le juge se refuse ainsi d'être l'arbitre des – nombreuses – controverses psychiatriques, ce qui peut naturellement susciter une certaine frustration chez les auteurs de recours.

S'agissant de la portée du contrôle exercé, deux points méritent d'être soulignés. Le premier point porte sur l'usage de l'injonction par le juge de l'excès de pouvoir. Aux termes de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, « lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé

chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution ». Le Conseil d'État a accepté d'être saisi sur le fondement de cette disposition dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre une fiche de bon usage d'un médicament élaborée par la Haute Autorité de santé⁵⁵. Le second point porte sur une hypothèse évoquée par les auteurs des Grands Arrêts dans le commentaire relatif à la décision *GISTI*, celle de la modification des actes de droit souple⁵⁶, et plus précisément de leur actualisation. Par une décision *Association Autisme Espoir vers l'école*⁵⁷ de 2020, le Conseil d'État a admis un recours contre la décision de la Haute Autorité de santé refusant de mettre à jour une recommandation de bonne pratique. Les termes utilisés par celui-ci sont

(50) M. Cirotteau, B.-L. Combrade et T. Perroud, dir., *L'action publique, l'expertise et le juge*, RFAP 2020, n° 173.

(51) Le droit souple, une « petite » source canalisée, art. préc., p. 932.

(52) CE 21 mars 2016, n° 368082, *Fairvesta International GmbH (Sté)*, Lebon avec les conclusions ; AJDA 2016. 572 ; *ibid.* 717, chron. L. Dutheil de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016. 715, obs. M.-C. de Montecler ; AJCA 2016. 302, obs. S. Pelé ; Rev. sociétés 2016. 608, note O. Dexant - de Bailliencourt ; RFDA 2016. 497, concl. S. von Coester ; RTD civ. 2016. 571, obs. P. Deumier ; RTD com. 2016. 298, obs. N. Rontchevsky ; *ibid.* 711, obs. F. Lombard.

(53) Décision préc.

(54) « [...] Il ressort des pièces du dossier que la revue de littérature scientifique sur laquelle s'appuie la recommandation attaquée comprend des travaux de littérature scientifique anglo-saxonne postérieurs à 2009 ainsi que des travaux de littérature scientifique française ; qu'il ressort des pièces du dossier que la recommandation attaquée recourt aux définitions utilisées par la classification internationale des maladies, conformément aux préconisations faites par la Fédération française de psychiatrie pour homogénéiser la formulation des diagnostics et faciliter les comparaisons en recherche, et rappelle la diversité des situations cliniques regroupées sous l'expression de troubles envahissants du développement ; que si elle préconise les interventions précoces fondées sur une approche éducative, comportementale et développementale, elle ne valorise pas exclusivement ces méthodes mais cite notamment la psychothérapie parmi les interventions thérapeutiques à associer selon les besoins ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que, par l'appréhension de l'état des connaissances scientifiques sur laquelle elle s'appuie, par le choix de son champ, incluant les interventions éducatives et thérapeutiques chez les enfants et les adolescents atteints d'un trouble envahissant du développement mais non le dépistage et le diagnostic précoces de l'autisme, par la présentation des interventions proposées ou par la façon dont les commentaires des représentants des approches psychanalytiques ont été pris en compte, la recommandation attaquée serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation ».

(55) CE 19 juill. 2017, n° 399766, *Menarini France (Sté)*, Lebon ; AJDA 2017. 2449.

(56) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 23^e éd., 2021, p. 1020.

(57) CE 23 déc. 2020, n° 428284, *Association Autisme Espoir vers l'école*, Lebon avec les conclusions ; AJDA 2021. 11 ; *ibid.* 948, étude F. Tiberghien.

éclairants : « dans l'hypothèse où une recommandation de bonne pratique comporterait, sur un point précis, une recommandation manifestement erronée au regard des données acquises de la science, il incomberait à la Haute Autorité de santé, alors même que l'engagement de travaux de refonte de l'ensemble de la recommandation ne serait pas justifié, d'en tirer les conséquences, sans qu'aucune disposition ne réserve la faculté de la saisir à cette fin aux associations agréées d'usagers du système de santé. Par suite, l'association requérante est fondée à soutenir que la décision qu'elle attaque est entachée sur ses deux motifs d'erreur de droit »⁵⁸. Les autorités compétentes ont donc l'obligation de mettre à jour des données acquises par la science leurs recommandations de bonnes pratiques, ce qui peut impliquer une abrogation partielle de celles-ci et/ou une révision. Comme le souligne la rapporteure publique Marie Sirinelli, le contrôle du juge sur le sujet doit être « d'autant plus retenu qu'il porte sur un point précis et technique »⁵⁹. Cette position apparaît logique dans la mesure où l'autisme, au cœur de cette décision, se présente comme un champ conflictuel sur le plan scientifique, mais également politique⁶⁰.

Santé mentale et droit souple entretiennent des relations étroites. D'un côté, la santé mentale est un domaine privilégié dans lequel se déploie le droit souple édicté par les organes mis en place par l'État régulateur. De l'autre côté, le droit souple contribue à la régulation des soins et pratiques en santé mentale. Au-delà de ce double constat, la clarté n'est qu'apparente. D'une part, il serait illusoire de penser que le droit souple a supplanté le droit classique en la matière. Comme le montre la fréquence des textes législatifs contemporains⁶¹, la santé mentale demeure l'objet d'une réglementation en bonne et due forme. La superposition de ces deux types de droit pose dès lors de multiples difficultés. Certaines sont d'ordre juridique : elles tiennent pour l'essentiel à l'enchevêtrement des règles, lequel est source d'inintelligibilité et de conflits normatifs⁶². D'autres relèvent de la sociologie du travail : la multiplication des normes en matière de santé mentale est source d'interrogations pour les professionnels de santé. La (sur)codification des pratiques de ces acteurs à l'égard des malades peut les conduire à se replier sur le strict respect des normes⁶³. Mais dans le domaine de la santé mentale, comme dans d'autres, est-on un bon professionnel parce qu'on respecte scrupuleusement les prescriptions juridiques ? On peut en douter. D'autre part, et c'est peut-être l'enseignement majeur que l'on peut tirer de l'analyse du contentieux du droit souple en santé mentale, les fonctions de celui-ci ne se limitent pas à celles que l'on identifie à première vue. L'étude de la jurisprudence du Conseil d'État relative aux recommandations de bonnes pratiques révèle en effet des fonctions qui, pour être rarement mises en avant, n'en sont pas moins essentielles. En premier lieu, le droit souple sert à surveiller : en contribuant à la « normalisation des processus de soins et de prévention »⁶⁴, celui-ci permet un contrôle de la qualité de la pratique médicale. En second lieu, le droit souple sert à punir : on l'a vu, si un médecin ne tient pas compte des données acquises par la science, lesquelles résultent principalement des recommandations de bonnes pratiques, il est susceptible de faire l'objet de sanctions disciplinaires. Surveiller, punir... Décidément, en matière de santé mentale, on en revient toujours à Michel Foucault.

(58) Décision préc.

(59) Concl. préc.

(60) Sur le sujet, v. P. Véron, G. Aïdan, M. Chauvière et R. de Filippis, L'autisme saisi par le droit, JCP A 21 juin 2021. 1207.

(61) V. par ex. les décrets n° 2022-1263 du 28 sept. 2022 relatif aux conditions d'implantation de l'activité de psychiatrie et n° 2022-1264 sur les conditions techniques de fonctionnement de l'activité de psychiatrie.

(62) Sur ce point, v. C. Guibet-Lafaye, L'hospitalisation sous contrainte, une source de conflits normatifs, RFAS 2016, n° 6, p. 35-55.

(63) V. C. Chevandier, Travailler à l'hôpital : un siècle et demi de reconfigurations des métiers, RFAP 2020, n° 174, p. 317-328.

(64) J. Tapie, Les recommandations de bonnes pratiques et les références médicales, des outils à généraliser, Droit social, 1997, p. 829.



2023

JUSTICE & CASSATION

Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

 ORDRE DES AVOCATS
AU CONSEIL D'ÉTAT
ET À LA COUR DE CASSATION

Lefebvre Dalloz

DALLOZ