

**Mireille DELMAS-MARTY**  
*Professeur honoraire au Collège de France  
et membre de l'Institut*

Paris, le 22 septembre 2017

*A l'attention de Monsieur le Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme*

Les présentes observations sont destinées à appuyer la tierce intervention formée par le *European Prison Litigation Network* devant la Grande chambre de la Cour de Strasbourg dans l'affaire pendante *Ilmseher c. Allemagne* (n°s 10211/12 et 27505/14).

Cette affaire relative à la régularité de la détention de sûreté d'une personne convaincue de meurtre présente un enjeu d'une exceptionnelle importance pour le système de garanties que constitue la Convention, pour les raisons que la présente note entend éclairer.

Depuis le début des années 2000, le droit pénal, en Europe et au-delà, se durcit au nom des risques croissants pesant sur la sûreté de l'Etat et la sécurité des citoyens. La sécurité devient dans certains discours officiels la « première des libertés » et le principe de précaution est transposé des produits dangereux aux individus qualifiés tels, tandis que les mesures de sûreté s'autonomisent par rapport aux peines. C'est une véritable métamorphose de la justice pénale, et plus largement du contrôle social à laquelle on assiste mondialement.

Cette métamorphose, qui se traduit par un brouillage des catégories juridiques, marque le passage d'une justice punitive à une justice prédictive, au risque de porter gravement atteintes aux droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

### **Le passage d'une justice punitive à une justice prédictive**

En France, le « nouveau code pénal » de 1994 avait été conçu en opposition à la loi de 1981, dite « sécurité et liberté ». D'où la réaffirmation du principe de responsabilité, la recherche de sanctions alternatives à l'emprisonnement et le refus de distinguer les mesures de sûreté des peines. Parfois mal compris, ce refus correspondait à la volonté de prendre en compte le fait que, même si elles contribuent à la défense de la société, les mesures dites de

sûreté sont toujours ressenties par le condamné comme punitives, plus particulièrement quand la mesure est coercitive et restrictive, voire privative, de la liberté d'aller et venir.

La loi française de 2008 sur la rétention de sûreté a bouleversé cette conception de la peine. En permettant l'incarcération d'un condamné après l'exécution de sa peine, pour une durée renouvelable indéfiniment par le juge au vu d'un avis de dangerosité, la loi renonce au principe de responsabilité. Cette loi marque une évolution que l'on pourrait qualifier d'« anthropologique » car elle détache la dangerosité de la culpabilité et la mesure de sûreté (même privative de liberté) de la peine, permettant d'enfermer une personne non pas pour les crimes qu'elle a commis, mais pour ceux qu'elle pourrait commettre. En passant de la punition à la prédiction, cette justice que l'on continue à nommer « pénale » pourrait ouvertement remettre en cause la notion proprement humaine de responsabilité au profit d'une dangerosité qui effacerait les frontières entre les humains et les non humains. Autrement dit, en substituant « anticiper » à « punir », la justice prédictive conduirait à un processus de déshumanisation. D'autant qu'en abandonnant le postulat du libre arbitre, on paralyse la présomption d'innocence, au mépris de l'article 6 de la CESDH. En somme, un tel dispositif substitue à la preuve de la culpabilité qui sous-tend le couple « responsabilité/punition », le diagnostic de dangerosité et le pronostic de récurrence qui caractérisent un tout autre couple : le couple « dangerosité/mesure de sûreté ».

La rétention de sûreté marque ainsi la transformation d'une justice rétributive (le couple culpabilité-responsabilité) à une justice prédictive (le couple dangerosité-neutralisation). Elle conduit à instaurer un diagnostic de dangerosité qui remplace la preuve de la culpabilité et paralyse la présomption d'innocence, rendant impossible la preuve contraire, car elle supposerait la démonstration de l'absence de toute éventualité de récurrence. Un tel dispositif ignore la part d'indétermination propre à l'homme, et oublie qu'elle fonde la responsabilité individuelle sur le libre arbitre. Comment cette mesure développerait-elle le sentiment de responsabilité indispensable à la réinsertion dans la société?

### **La confusion entre peine et mesure de sûreté**

Si l'on veut redonner cohérence aux législations pénales et assurer leur harmonisation au niveau européen, il convient de clarifier les notions de peine et de mesures de sûreté qui non seulement sont confondues mais reçoivent diverses interprétations.

Ainsi le législateur français ne donne aucune précision sur la distinction entre peine et mesure de sûreté. C'est pourtant au motif de cette distinction que la loi de 2008 avait échappé à la censure du Conseil constitutionnel, malgré l'imprécision de la notion de dangerosité et l'indétermination de la durée de la mesure, manifestement contraires au principe de la légalité des délits et des peines. Selon le Conseil constitutionnel français, la rétention de sûreté n'est ni une peine ni une sanction ; mais reconnaissant dans le même temps que cette logique est difficile à soutenir au vu de sa nature privative de liberté, de la durée de la privation, de son possible renouvellement sans limite et du fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, il en déduit que son application rétroactive serait contraire à la Constitution. Ce faisant le Conseil constitutionnel français reconnaît implicitement une confusion entre infraction et déviance, que la CEDH n'a pas manqué de relever. Même s'il prétend séparer la culpabilité (infraction) de la dangerosité (déviance), donc la peine de la mesure de sûreté, il finit par les réunir en leur appliquant le même principe de non rétroactivité.

La CEDH a éclairci ce point en 2009 dans l'affaire *M. c. Allemagne*. A propos de la loi allemande sur la détention de sûreté, qui date de la période nazie et a inspiré la loi française de 2008, la Cour rappelle que « la Convention ne se prête pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne ou une catégorie de personnes qui se révèlent dangereuses par leur propension continue à la délinquance » (§82). Elle rappelle qu'elle n'est pas liée par la qualification retenue par le droit interne, que la notion de peine retenue par l'article 7 possède « une portée autonome » et qu'il lui faut aller « au-delà des apparences ». Elle considère dès lors qu'en raison de sa nature privative de liberté et de sa durée illimitée, la détention de sûreté peut « tout à fait se comprendre comme une peine » (§130). La Cour, en requalifiant de peine ce que les Allemands appellent « internement de sûreté » a avancé une réponse moniste assimilant les mesures de sûreté et les peines et exigeant le respect du principe fondamental de non rétroactivité. Elle y impose des garanties et conditions réalistes : pour atteindre l'objectif de prévention de la criminalité, il faudrait « un niveau élevé de soins, une équipe pluridisciplinaire, un travail intensif à caractère individuel avec les détenus » en vue de la libération qui « doit constituer une possibilité réelle ».

La jurisprudence de la Cour a néanmoins admis le brouillage des catégories et neutralisé les garde-fous qu'elle avait consacrés dans cette affaire. Au travers des arrêts *Bergmann c. Allemagne* (requête no 23279/14) et *Illseher c. Allemagne* (n°s 10211/12 et 27505/14), la Cour a en effet admis que la détention de sûreté peut se justifier au regard de l'article 5 § 1 e) comme la détention d'un « aliéné » et peut être prolongée après qu'un détenu souffrant de troubles mentaux et présentant une menace pour le public a purgé sa peine, dès lors que celui-ci bénéficie d'un environnement thérapeutique adapté. Elle ajoute que dans des cas où la détention de sûreté a été prolongée en raison de la nécessité de traiter des troubles mentaux, la nature et l'objectif de cette mesure ont changé au point qu'il n'y a plus lieu de qualifier celle-ci de « peine » au sens de l'article 7 ce qui justifie désormais l'application rétroactive de la mesure de sûreté.

Autrement dit, on assiste à un glissement de la prise en charge : l'aliéné ayant commis une infraction pénale, jugé responsable et ayant purgé sa peine avec les protections garanties par l'article 7, bascule sous le régime de l'article 5 qui fonderait une privation de liberté préventive potentiellement illimitée. Cette évolution traduit une forme de psychiatrisation à la carte de l'appareil répressif, autorisé à enfermer des aliénés pour les punir, avant de les enfermer pour les soigner. Le risque auquel la Cour est confronté est d'ouvrir la possibilité pour les Etats de détourner le but de l'article 5 de la Convention, à savoir protéger contre l'arbitraire, en recourant à des qualifications internes purement formelles, à rebours de l'harmonisation des garanties jusqu'ici édifiées patiemment et avec détermination par la Cour (« notions autonomes », directive générale d'interprétation de l'examen « au-delà des apparences », etc.), y compris dans les contextes politiques les plus sensibles.

### **Les dangers de la « dangerosité »**

La dangerosité définie par le droit français comme « une probabilité très élevée de récidive »<sup>1</sup>, donc une probabilité dont on ne peut pas prédire les effets avec certitude, soulève la question de l'évaluation de la dangerosité. Une autre confusion aux conséquences inquiétantes tend à assimiler la dangerosité psychiatrique, qui relève du diagnostic qui peut être fait par l'expert médical, à la dangerosité dite criminologique qui se confond avec un

---

<sup>1</sup> Article 706 -53-13, alinéa premier du code de procédure pénale.

pronostic de réitération ou de récidive, dont on ignore quels types d'experts pourrait l'établir tant il semble même impossible dans son principe. Malgré un avis très critique de la Commission nationale consultative des droits de l'homme<sup>2</sup> et l'opposition farouche de nombreux professionnels, médecins et juristes, la loi de 2008 sur la rétention de sûreté a pourtant créé ces institutions étranges que sont les « centres socio-médico-judiciaires de sûreté » puis les « commissions pluridisciplinaires d'évaluation de la dangerosité ». Derrière la lourdeur et l'opacité des procédures prévues, c'est bien de la dénaturation de l'expertise qu'il s'agit ; la confusion avec la dangerosité psychiatrique liée à la maladie mentale entretient l'illusion qu'il existerait un savoir permettant d'évaluer la dangerosité criminologique. La possibilité même d'une défense efficace risque d'être ainsi remise en cause dans le cas où la commission pluridisciplinaire, concluant à la particulière dangerosité du condamné, proposera qu'il fasse l'objet d'une rétention de sûreté<sup>3</sup>.

En effet, on voit mal comment le prononcé de la rétention de sûreté pourra être remis en question, car il sera difficile sinon impossible de démontrer *a posteriori* que le condamné n'était pas dangereux au moment de la décision et que la mesure n'était pas « l'unique moyen » de prévention. On en arrive à cette situation inédite d'une décision de justice qui exclut toute possibilité d'erreur judiciaire, donc toute possibilité de réparation pour la personne injustement détenue, alors même que sa détention peut être perpétuelle. Admettre, au nom de la sécurité collective, des pouvoirs coercitifs quasi illimités, est très précisément ce qui caractérise, à l'opposé du modèle libéral, le modèle totalitaire de politique criminelle.

### **Les enjeux en termes de politique criminelle et de sauvegarde de l'État de droit**

La prédiction de la dangerosité, négation du libre arbitre, remet en cause l'égalité de dignité qui sous-tend l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Quand elle aboutit à cette version extrême d'un enfermement à durée indéterminée, voire perpétuelle, la mesure dite « de sûreté » est en complète rupture par rapport au « droit à la sûreté » qui inclut la protection de l'individu face à l'État et caractérise l'État de droit. Dissocier de la punition, au sens de rétribution d'une faute, cette privation de liberté n'a pas la fonction éducative ou thérapeutique qui légitime, selon l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'enfermement des mineurs ou des malades mentaux ; mais elle n'est pas pour autant assimilable aux rétentions administratives de courte durée admises pour les étrangers en voie d'expulsion ou d'extradition. C'est une mesure de neutralisation, de « défense sociale » au sens le plus général et le plus large du terme.

Toute la construction du droit pénal moderne dans les pays démocratiques s'est faite autour d'une idéologie « libérale », en ce sens qu'au nom des libertés individuelles elle incite à limiter le droit de punir de l'État aux transgressions définies comme infractions (écarts à la normativité, au devoir-être), réservant les déviances (écart à la normalité) à la société civile qui ne peut prendre de mesures coercitives. Il est vrai qu'en pratique le modèle libéral n'a jamais fonctionné à l'état pur. Aussi la Convention européenne des droits de l'homme, non seulement admet les mesures de sûreté consistant en privations de certains droits ou en restrictions de liberté (surveillants socio-judiciaires), mais légitime également des privations de liberté sans infraction préalable, à condition qu'elle permette l'éducation des mineurs, ou

---

<sup>2</sup> CNCNDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental et réponses du gouvernement*, 7 février 2008.

<sup>3</sup> J. Danet, « Droits de la défense et savoirs sur le crime », in *Défendre*, Dalloz, 2004.

le traitement des malades mentaux<sup>4</sup>. L'idée de dangerosité est sous-jacente, mais elle n'est pas consacrée en tant que telle avec une signification aussi large et aussi imprécise.

S'il va jusqu'à autoriser la rétention des étrangers en situation irrégulière, ou (encore plus contestable) celle des vagabonds, l'article 5 ne saurait être étendu à toute dangerosité<sup>5</sup> et légitimer des mesures de neutralisation, *a fortiori* quand elles sont à durée indéterminée : même quand il intègre la fonction éducative et thérapeutique de normalisation des déviations, l'État de droit se reconnaît des limites de forme et de fond.

Les dérives sécuritaires sont incompatibles avec l'État de droit, compris comme un État soumis aux limites du droit. Pour être efficace sans renier les droits fondamentaux, la démocratie doit éviter un certain nombre de pièges, et notamment celui de l'illusion du risque zéro. L'illusion est de croire, et de faire croire, qu'il est possible de supprimer tous les risques. La Cour européenne des droits de l'homme avait décelé ce piège dès l'« affaire Klass » de 1978, une affaire d'interceptions de sûreté en matière de terrorisme. A l'époque, la Cour avait d'ailleurs précisé que « les Etats ne sauraient, au nom de la lutte contre le terrorisme, prendre n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée ». Le danger serait, pour reprendre la formule de la Cour européenne, « de saper, voire de détruire la démocratie au motif de la défendre ».

Pour se protéger, la démocratie doit éclairer les choix et expliciter, outre les critères de gravité, les conditions d'acceptabilité du risque : quels risques sommes-nous prêts à accepter pour préserver nos droits et libertés ? A l'heure où la rétention de sûreté apparaît comme l'emblème d'une sécurité qui deviendrait une valeur à protection absolue, relativisant tous les autres droits humains, la mission difficile de la Cour européenne des droits de l'homme consiste précisément à rappeler les principes inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme.

A l'heure où le monde, pris de fureurs identitaires et sécuritaires, semble vaciller de tous côtés, les regards se tournent vers ces juges des droits de l'homme, dernier rempart contre la lente érosion de l'État de droit propre aux sociétés démocratiques qui semble déjà s'annoncer. La protection des droits de l'homme n'est pas un rêve utopique. C'est la seule réponse réaliste face aux dangers qui menacent de toutes parts la survie de l'humanité.

---

<sup>4</sup> J. Danet et C. Saas, « Le fou et sa dangerosité, un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC*, 2007, p. 779 ; CEDH, *Rivière c. France*, 24 oct. 2006, *RTDH* 2007, p. 261-268, note J-P. Céré.

<sup>5</sup> A propos d'un membre de la mafia, v. CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980.