



Tierce intervention du European Prison Litigation Network/Réseau européen de contentieux pénitentiaire dans l'affaire *Ilseher c. Allemagne* (req. nos. 10211/12 et 27505/14)

Auteur.e.s :

Louise Descamps, Candidate au Master 2, Université libre de Bruxelles, Faculté de droit et de criminologie.

Jenny Frinchaboy, Maître de conférences en droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Institut de recherche juridique de la Sorbonne

Emilie Rebsomen, Méryl Recotillet, Caroline Teuma, Doctorantes, membres de la Clinique Aix Global Justice (avec le soutien de l'Institut de sciences pénales et de criminologie (ISPEC)), à l'Université Aix-Marseille,

Damien Scalia, Professeur, Université libre de Bruxelles, Faculté de droit et de criminologie

Hugues de Suremain, coordinateur juridique du European Prison Litigation Network

Avec l'appui de Cyrille Canetti, praticien hospitalier, psychiatre des hôpitaux

1. Par décision en date du 7 septembre 2017, le Président de la Cour a autorisé le *European Prison Litigation Network* à présenter des observations écrites dans le cadre de la présente instance.

Celle-ci se rapporte au régime juridique d'un dispositif qui, dans une société démocratique, apparaît comme l'un des plus attentatoires aux droits fondamentaux, dès lors qu'il implique la détention d'un individu pour une durée indéterminée et, potentiellement, illimitée, en raison d'un crime qu'il est susceptible de commettre. Ce dispositif, que ne connaissent pas moins de neuf Etats du Conseil de l'Europe¹, menace de s'étendre encore sous l'effet d'une demande sociale accrue en direction de la justice et de la psychiatrie. EPLN a demandé à la juriste Mireille Delmas-Marty d'éclairer les enjeux sociétaux qui s'attachent ainsi à l'amplification des logiques de sûreté dans le champ pénal (annexe). S'agissant des conséquences à en tirer du point de vue de la Convention, le présent mémoire a pour objet d'appeler la Cour à défendre fermement les exigences de l'Etat de droit, et à maintenir sous la protection des garanties énoncées en matière répressive, sans rien céder aux apparences, nonobstant la coloration médicale donnée au dispositif de la rétention de sûreté.

I. La détention de sûreté prévue par le droit allemand demeure une peine au sens de l'article 7-1 de la Convention

2. Un détour par un rappel de l'évolution du droit interne est indispensable pour saisir la portée des évolutions opérées par la jurisprudence de la Vème section de la CourEDH ces derniers mois.

3. L'internement de sûreté a été introduit en Allemagne par une loi du 23 novembre 1933 sur les criminels d'habitude². Des emballements législatifs ont conduit à l'extension de son champ d'application et à l'instauration de la possibilité, sous certaines conditions, de sa mise en œuvre rétroactive³. Par son arrêt de *M. c. Allemagne*⁴, la Cour de Strasbourg l'a qualifiée de « peine », lui appliquant en conséquence les garanties des articles 5 et 7 de la Convention européenne.

¹ C. Michaelsen, « From Strasbourg, with Love Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights », 12 *Hum. Rts. L. Rev.* 148, 167 (2012)

² X. PIN, « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », *Déviance et Société*, 2010/4, vol. 34, p. 527 ; C. Michaelsen, préc. ; Bartsch Tillmann, 2010, Sicherungsverwahrung - Recht, Vollzug, aktuelle Probleme. Baden-Baden, Nomos; A. Dessecker, "Constitutional Limits on Life Imprisonment and PostSentence Preventive Detention in Germany", in D. Van Zyl Smith & C. Appleton, *Life Imprisonment and Human Rights*, (2016). Pour une enquête ethnographique sur le dispositif, voir C. Lancelevée, *Quand la prison prend soin : Enquête sur les pratiques professionnelles de santé mentale en milieu carcéral en France et en Allemagne*, EHESS-Paris, 2016 (en ligne).

³ X. Pin, préc. p. 531.

⁴ CourEDH, *M. c. Allemagne*, req. n° 19359/04, 17 décembre 2009.

4. A la suite de cet arrêt, et appelé par la Cour constitutionnelle fédérale à refondre entièrement le dispositif – déclaré inconstitutionnel par une décision du 4 mai 2011⁵ mais provisoirement maintenu en vigueur jusqu’à la réforme devant intervenir au plus tard le 31 mai 2013 – le législateur a réagi par la loi du 5 décembre 2012⁶, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013. Le principe de la « distance obligatoire » (*Abstandsgebot*), posé par la Cour constitutionnelle dans sa décision du 4 mai 2011, implique que les modalités d’exécution de l’internement de sûreté soient clairement distinguées, dans un sens plus favorable à la personne soumise à la mesure, de celles de la peine privative de liberté. A cette fin, un § 66c relatif aux modalités d’exécution de l’internement de sûreté et de l’incarcération qui la précède, a été inséré dans le code pénal. Il reprend pour l’essentiel les règles posées par la Cour constitutionnelle. Il prévoit désormais une prise en charge favorisant la coopération de l’intéressé à sa propre resocialisation (*Mitwirkungsbereitschaft*)⁷ et reposant notamment sur un traitement personnalisé. Ainsi, les modalités d’exécution de la mesure doivent être rapprochées des conditions de la vie en liberté, tant que des considérations de sécurité ne s’y opposent pas⁸. Ces nouvelles modalités visent à réduire la dangerosité de l’intéressé afin de permettre à la mesure de prendre fin⁹. La loi du 5 décembre 2012 a en outre renforcé, conformément à la décision constitutionnelle, le caractère d’*ultima ratio* de l’internement de sûreté¹⁰. Cela implique que tout soit mis en œuvre pour réduire la dangerosité de la personne dès l’exécution de sa peine, pour éviter de recourir à l’internement. Ces diverses dispositions impliquent qu’il soit mis fin à l’exécution de la mesure – une surveillance de conduite prenant alors le relais – lorsque les modalités pratiques de l’exécution de l’internement, ou de la peine qui l’a précédé, ne satisfont pas aux exigences légales, que la personne soit toujours ou non dangereuse pour la collectivité¹¹.

5. En outre, la nouvelle législation précise que pour les personnes ayant commis les faits visés par la loi avant le 31 mai 2013 – ce que l’on appelle les « cas anciens » (*Altfälle*) –, l’ancienne réglementation de l’internement de sûreté demeure applicable, en vertu d’une disposition transitoire. C’est ainsi que l’internement *a posteriori* et le prononcé ou la prolongation rétroactifs d’un internement de sûreté demeurent possibles, malgré le constat d’inconventionnalité énoncé par la CourEDH, à la seule condition que la personne présente un trouble psychique la rendant particulièrement dangereuse pour autrui parce qu’elle risque de commettre des infractions graves de nature violente ou sexuelle¹². Il ressort explicitement de l’exposé des motifs du projet de loi que

⁵ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326.

⁶ *Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, 5 déc. 2012.

⁷ § 66c, al. 1, n° 1, a) StGB.

⁸ § 66c, al. 1, n° 2 StGB.

⁹ § 66c, al. 1, n° 1, b) StGB.

¹⁰ Les motifs de la loi se réfèrent expressément à cette décision : v. BT-Drucks. 17/9874, p. 18, 19.

¹¹ V. pour une application du nouveau dispositif : KG, 4 sept. 2013, 2 Ws 327, 333/13 ; 141 AR 303/13, *NStZ*, 2014, p. 273.

¹² Art. 316 f, al. 2 *Übergangsvorschrift zum Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung* (droit transitoire) ; s’agissant des jeunes délinquants : § 7, al. 2 JGG.

le but de cette disposition transitoire est de combler un vide sécuritaire (engendré par la réforme)¹³. En introduisant le critère du trouble psychique, le législateur visait à contourner l'inconventionnalité en faisant entrer le dispositif dans les prévisions de l'article 5 § 1, e) – autorisant la privation de liberté d'un aliéné – pour prendre le relais de l'article 5§1, a).

6. C'est dans ce contexte que la Cour a rendu, en 2016, l'arrêt *Bergmann*¹⁴ qui amorce un tournant radical dans sa jurisprudence. L'arrêt semble dans un premier temps confirmer la solution de l'arrêt *M. c. Allemagne*, à savoir que la détention de sûreté doit être considérée comme une peine, d'une part du fait que son but n'est pas uniquement préventif mais qu'elle soutient aussi un but punitif et, d'autre part, du fait qu'il s'agit d'une des mesures les plus graves dans l'arsenal de mesures prévues par le code pénal allemand¹⁵. Pourtant, l'arrêt retient ensuite que la mesure étant ordonnée à des fins thérapeutiques à l'égard d'un requérant souffrant d'une maladie mentale, la nature et le but de cette mesure changent sensiblement, au point de ne plus être considérée comme une peine (§182). La détention de sûreté est donc soustraite aux garanties des articles 5-1 et 7 de la Convention. Face à un tel retournement, la doctrine a fait état de son « *incompréhension la plus totale* »¹⁶. En effet, il « *revient à reconnaître qu'une même « sanction », à supposer qu'il soit permis de parler de sanction dans la dernière hypothèse, puisse revêtir une double qualification, celle de peine ou celle de mesure préventive, ou mesure de sûreté. L'arrêt Bergmann vient donc obscurcir encore plus la distinction entre les peines et les mesures de sûreté, alors pourtant que cette dernière, admise dans de nombreuses législations, mériterait d'être précisée* »¹⁷. L'arrêt de chambre rendu dans l'affaire *Ilmseher* s'inscrit dans la droite ligne de l'arrêt *Bergmann*. Il retient que la détention de sûreté du requérant ayant été ordonnée en raison de troubles en vue de les traiter et se déroulant dans un milieu thérapeutique regardé comme adapté, elle ne peut être qualifiée de « peine ».

7. EPLN entend faire valoir que cette orientation va à l'encontre la jurisprudence la mieux établie. C'est même tout l'édifice élaboré par la CourEDH depuis l'arrêt *Engel et a. c. Pays-Bas* dans le champ répressif se trouve ici mis à mal. Celui-ci repose sur le principe que la notion de « peine »,

¹³ V. Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, Drucksache 17/9874, 6 juin 2012, p. 32. En ce sens, déjà, le projet de loi de la réforme entrée en vigueur en 2011: Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen*, Drucksache 17/3403, 26 oct. 2010, p. 14. V. également la décision de la Cour constit. sur l'internement thérapeutique: BVerfG, 11 juil. 2013, 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 ; BVerfGE 134, 33 ; § 2.

¹⁴ CourEDH, *Bergmann c. Allemagne*, n° 23279/14, 7 janv. 2016..

¹⁵ Cette position a ensuite été confirmée par de nombreux arrêts, notamment : CourEDH, *Glien c. Allemagne*, n° 7345/12, 28 novembre 2013; *Kallweit c. Allemagne*, n° 17792/07, *Mautes c. Allemagne*, n° 20008/07, et *Schummer c. Allemagne*, nos 27360/04 et 42225/07 du 13 janvier 2011.

¹⁶ C. MANDON, « L'affaire Bergmann c/ Allemagne ou comment la détention de sûreté allemande a su reconnaître des ses cendres », *Journal d'actualité des droits européens*, 2016,; voir également J. HERRMANN, « Les mesures de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme : une nouvelle pierre apportée à l'édifice d'un régime. », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3, 2016, p. 541.

¹⁷ L. Grégoire « *La détention de sûreté allemande n'est plus exclusivement une peine.* » AJ pénal 2016. 339

contenue dans l'article 7, a une portée autonome¹⁸, la Cour n'étant pas liée par la qualification interne. En outre, des critères clairement identifiés permettent d'apprécier l'existence d'une peine¹⁹. En premier lieu, la Cour examine la qualification juridique interne de la mesure. Ce critère, point de départ de toute analyse, ne lie cependant pas la Cour²⁰. Elle tient ensuite compte de la nature de la mesure, critère qui peut être combiné avec celui de sa gravité. Pour apprécier ces critères, différents éléments tels que l'intensité de la mesure, sa durée²¹, les circonstances réelles dans lesquelles elle est exécutée ainsi que le contexte juridique dans lequel elle est adoptée peuvent servir à la Cour.

8. Alors que la voie était parfaitement balisée, les arrêts *Bergmann* et *Ilmseher* perdent de vue les critères conventionnels. S'agissant du point de départ de l'analyse, si le droit interne fait tout pour gommer la dimension pénale du dispositif, il n'en reste pas moins que la mesure n'est applicable qu'à des personnes qui ont été condamnées pénalement ; elle est prononcée par le juge pénal (et même par la juridiction de condamnation pour l'une des deux filières) ; elle a pour objet de prolonger la détention à l'issue de l'exécution par les condamnés de leur peine ; elle se déroule dans des centres situés au sein d'établissements pénitentiaires ; les personnels de surveillance et de santé les prenant en charge sont les mêmes que ceux dont relèvent les détenus en exécution de peine. Du point de vue de sa gravité, il a été dit que, potentiellement perpétuelle et établie sur une base prédictive, cette mesure privative de liberté est l'une des plus attentatoires sinon la plus attentatoire aux droits fondamentaux dans une société démocratique. Etiquetant les intéressés comme dangereux, elle a en outre un effet de stigmatisation maximal. De plus, un but préventif ne faisait pas obstacle à la qualification d'une mesure en « peine »²². A cet égard, on ne voit pas ce qui, dans les modifications apportées au droit interne, viendrait remettre en cause la considération énoncée en faveur de l'applicabilité de l'article 7 dans l'arrêt *M. c. Allemagne* : « même si l'on peut dire que les peines ont principalement un but punitif tandis que les mesures d'amendement et de prévention visent essentiellement la prévention, il n'en demeure pas moins que les objectifs de ces sanctions se recoupent en partie. Par ailleurs, en raison de sa durée illimitée, la détention de sûreté peut tout à fait se comprendre comme une punition supplémentaire pour l'infraction commise et comporte à l'évidence un élément de dissuasion » (§130).

En définitive, le faisceau d'indices demeure massivement en faveur de la qualification pénale. Les mesures adoptées par le législateur allemand pour éviter l'écueil conventionnel à la suite de l'arrêt de 2009 ne saurait conduire à une conclusion contraire, sauf à s'en tenir à une approche purement formelle.

¹⁸ Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme, mis à jour au 30 avril 2017.

¹⁹ CourEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. nos 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8 juin 1976; Cour eur. D.H., *Jamil c. France*, req. n° 15917/89, 8 juin 1995; Cour eur. D.H., *Welch c. Royaume-Uni*, req. n° 17440/90, 9 février 1995.

²⁰ CourEDH *Jamil c. France*, op. cit., §30.

²¹ CourEDH, *Escoubet c. Belgique*, req. n° 26780/95, 28 octobre 1999, § 38.

²² CourEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, op. cit., § 30.

9. C'est d'autant plus vrai que les éléments mis en avant par les autorités internes comme le principe de la « distance obligatoire » (*Abstandsgebot*), impliquant des modalités d'exécution de l'internement de sûreté favorables à la personne concernée (comparativement à celles de la peine de réclusion) ne constituent pas des caractéristiques distinctives décisives, tant d'un point de vue juridique que factuel. Au plan juridique, tout le corpus normatif du Conseil de l'Europe relatif à la prison invite les Etats à aligner les conditions d'exécution de la peine sur celles en société²³. D'un point de vue concret, la logique de neutralisation et le cadre pénitentiaire surdéterminent les conditions d'existence et de réalisation des soins, interdisant toute assimilation avec une hospitalisation de droit commun, avec les références éthiques et en particulier, l'alliance thérapeutique et l'adhésion aux soins, correspondantes²⁴.

10. En outre, force est de constater que le critère, utilisé par les arrêts *Bergmann et Ilsneher*, tiré de l'amélioration de la prise en charge thérapeutique au travers du passage du statut de condamné en exécution de peine à celui d'interné en détention de sûreté, sape la cohérence dans l'interprétation des stipulations de la Convention. En effet, un tel raisonnement revient à accepter que l'exécution de peine antérieure se soit déroulée sans qu'aient été administrés les soins requis par l'état de santé de l'intéressé, exigé au titre de l'article 3 de la Convention²⁵. En d'autres termes, l'Etat échappe ici au constat de violation à la faveur de l'amélioration des soins dispensés : une prime est donnée au fait qu'il a auparavant manqué aux exigences conventionnelles. Il y a là un effet tout à fait paradoxal que la Grande chambre ne saurait encourager.

11. Le fait que la loi interne ait été amendée ne change rien à la nature de cette peine. Les garanties de l'article 7-1 trouvent donc nécessairement à s'appliquer. Il s'en évince que l'application rétroactive de la détention de sûreté viole l'article 7 de la Convention : elle n'était en effet prévisible ni au moment de la commission des faits ni au moment de la condamnation du requérant, alors même qu'elle est la conséquence de cette même condamnation, et s'applique *in malem pertem*. De surcroît, cette mesure est encore contraire à l'article 7 par l'utilisation dans la législation de termes flous (« troubles psychique ») qui dénote une obscurité de la loi – qui ne répond pas au critère de clarté que celle-ci doit revêtir²⁶.

²³ Les règles 5, 6 et 102.2 des Règles pénitentiaires de 2006 invitent l'Etat à faire de la normalisation le principe guidant leur politique. Dans son commentaire relatif aux règles de 2006, le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) note que la règle 5 souligne les aspects positifs de la normalisation. Tout en admettant que la vie en prison ne peut jamais être identique à la vie dans une société libre, cette règle précise qu'il faut intervenir activement pour rapprocher le plus possible les conditions de vie en prison de la vie normale. La Cour elle-même se fonde sur ces textes pour faire évoluer sa jurisprudence (CourEDH, GC, *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10, §102).

²⁴ Voir l'enquête ethnographique conduite en Allemagne par C. Lancelevée, précitée.

²⁵ CourEDH *W.D. c. Belgique*, n° 73548/13

²⁶ EPLN renvoie, quant aux exigences de l'article 7, au commentaire de D Scalia de l'arrêt *Del Rio Prada c. Espagne* (RTDH, 2016)

II. La détention de sûreté se situe hors du champ de l'article 5-1, e) de la Convention

12. Pour l'association exposante, l'utilisation de la notion d'« aliéné » de l'article 5-, e) pour conforter le dispositif transitoire de la détention de sûreté conduit à ouvrir la voie « 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 », que l'arrêt *M. c. Allemagne* visait précisément à contrecarrer. Cette orientation apparaît d'autant plus dangereuse qu'elle place la psychiatrie dans une position instrumentale, au service d'un objectif de neutralisation, sacrifiant au passage la grande fonction collective de bienveillance exercée par la médecine dans la société contemporaine. EPLN cherchera à démontrer ici respectueusement que l'approche adoptée par les arrêts de chambre *Bergmann* et *Ilseher* relativement à la notion d'aliénation méconnaît les directives générales d'interprétation énoncées par la Cour²⁷. D'abord, elle ignore le sens et la portée des termes clairs utilisés par la Convention. Ensuite, elle perd de vue le but de protection contre l'arbitraire, qui doit nécessairement sous-tendre l'interprétation de cette stipulation.

13. Certes, la Cour considère de longue date que la psychiatrie étant un domaine en évolution du point de vue scientifique, le terme « aliéné » ne se prête pas à une définition précise. De même, les autorités nationales jouissent d'une certaine liberté de jugement en la matière, car il leur incombe au premier chef d'apprécier les preuves produites devant elles dans un cas donné. La tâche de la Cour consiste à contrôler leurs décisions sous l'angle de la Convention (*Winterwerp*, § 40). Toutefois, en vertu du principe d'effectivité, la marge reconnue aux Etats ne saurait atteindre la substance même du droit garanti à l'article 5-1, et la Cour ne saurait demeurer inactive²⁸. Or les glissements progressifs opérés par la jurisprudence récente concernant la détention de sûreté allemande aboutissent à exclure purement et simplement certaines catégories de justiciables pénaux des garanties essentielles de la Convention, qui leur étaient applicables jusqu'alors, rendant l'intervention de la Grande chambre indispensable.

14. Il y a ensuite lieu de rappeler que la Cour a initialement fait preuve de circonspection face à la volonté des autorités allemandes de neutraliser le motif de violation tout en conservant dans les grandes lignes l'économie du dispositif de la détention de sûreté. Ainsi, dans son arrêt *Glien c. Allemagne*, la Cour prend soin de relever que la notion d'aliénation mentale au sens de l'article 5

²⁷ La Convention doit en effet s'interpréter à la lumière des règles prévues aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne : la Cour doit rechercher le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la disposition dont ils sont tirés. Il faut aussi tenir compte de ce que le contexte de la disposition est celui d'un traité de protection effective des droits individuels de l'homme et de ce que la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter en veillant à l'harmonie et à la cohérence interne de ses différentes dispositions (*Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, GC, n°18030/11).

²⁸ Comme l'a souligné le Jurisconsulte de la Cour, « en vertu du principe d'effectivité, lorsque la passivité de la Cour aboutirait à un déni de justice de sa part, rendant inopérantes les garanties des droits fondamentaux consacrées par la Convention, la Cour peut et doit intervenir selon le rôle qui lui est dévolu par l'article 19 de la Convention. » Vincent Berger, Rapport sur le principe de subsidiarité, dans le cadre du suivi du processus Interlaken

§ 1 e) est « peut-être plus restrictive que celle de "trouble mental" visée dans la loi allemande sur la détention thérapeutique », mais elle considère qu'il n'y a pas lieu en l'espèce de trancher la question de savoir si le requérant peut être qualifié d'aliéné car, en toute hypothèse, on ne peut pas dire qu'il ait été placé dans « un hôpital, une clinique ou une autre institution appropriée » (§§. 87 et ss.) La Cour juge en conséquence que les autorités ne pouvaient se prévaloir de l'autorisation de l'article 5 §1 e).

15. Cette mise en doute fait écho aux discussions suscitées par le droit positif en Allemagne. De l'aveu même de la Cour constitutionnelle fédérale, la notion de trouble psychique telle qu'elle figure dans la loi allemande inclut également des troubles non pathologiques²⁹. C'est pourquoi une grande partie de la doctrine allemande conçoit mal comment, en l'absence d'un constat médico-psychiatrique, il peut être satisfait au motif de privation de liberté de l'article 5 § 1, e)³⁰. De plus, la condamnation pénale de la personne jugée implique que celle-ci soit capable de discernement et responsable de ses actes, concepts difficilement compatibles avec une maladie mentale « aliénante ». Qui plus est, le code pénal allemand opère une distinction entre l'internement des malades mentaux en hôpital psychiatrique (§ 63 du Strafgesetzbuch) et le placement des délinquants dangereux en internement de sûreté (§ 66 et s.), rendant incompréhensible l'entrée en ligne de compte de l'article 5-1, e) dans ce dernier cas.

16. Dans son arrêt *Bergmann c. Allemagne*, la Vème section franchit pourtant le pas. Elle retient que les juridictions internes ont établi, sur le fondement d'un rapport psychiatrique objectif et récent, que le requérant souffrait d'un trouble mental tel que défini par le droit interne. Son état appelait un traitement médicamenteux sous contrôle médical ainsi qu'une thérapie, et le juge du fond l'a estimé suffisamment sérieux pour atténuer la responsabilité pénale de l'intéressé. Dès lors, la Cour considère que le requérant souffre d'un « trouble mental réel » aux fins de l'article 5 § 1 e). La Cour accorde ainsi une place prééminente à l'appréciation faite par les juges nationaux de l'existence des troubles mentaux. Ce contrôle apparaît succinct au regard des enjeux, d'autant que la disposition transitoire de la loi de 2012³¹, applicable en l'espèce, oblige les juridictions à qualifier un trouble psychique qui semble en réalité déduit du risque de commission de nouvelles infractions. De surcroît, il est rappelé dans l'arrêt que l'état mental du requérant est pour l'essentiel resté inchangé depuis l'époque de la commission des faits (§ 112) et que les juges nationaux ont opté pour l'internement de sûreté plutôt que l'hospitalisation psychiatrique en raison des doutes existant sur la possibilité de traiter son trouble psychique (§ 114).

²⁹ BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11, *Der Strafverteidiger (StV)*, 2012, p. 25, *BeckRS*, 2011, 54839, note critique par Krehl, *StV*, 2012, p. 27.

³⁰ En ce sens, v. J. Renzikowski, « Abstand halten! – Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2013, p. 1638 s.; Ch. Morgenstern, « Krank – gestört – gefährlich: Wer fällt unter § 1 Therapieunterbringungsgesetz und Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK? », *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2011, p. 974 s.; K. Höfler, C. Stadtland, « Mad or bad ? - Der Begriff "psychische Störung" des ThUG im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR », *StV*, 2012, p. 239. V. aussi OLG Hamm, 9 juin 2011, 4 Ws 207/10, *StV*, 2011, p. 681, *BeckRS*, 2011, 23839; *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ-RR)*, 2012, p. 188, *StV*, 2012, p. 231.

³¹ Art. 316f, al. 2, phrase 1 EGStGB.

17. Si l'arrêt *Bergman* trouve dans l'atténuation judiciaire de responsabilité un indice de l'état d'aliénation du requérant (§114), tel n'est pas le cas de l'arrêt de chambre rendu dans l'affaire *Ilneseher*, qui ne comporte aucune discussion sur ce point, les mêmes troubles psychiques étant en jeu. Ce sont donc ceux-ci qui en tant que tels et établis par les experts psychiatriques caractérisent selon la Cour l'état d'aliénation au sens de l'article 5-1, e).

18. L'interprétation ainsi donnée par la Vème Section se trouve en contradiction avec les termes clairs de la Convention. Les indications les plus nettes se dégagent en effet du texte français : est « aliéné » le fou, celui qui est « étranger à lui-même » (du latin *alienare*, « rendre autre, étranger » ; « égarer l'esprit »). Le libellé de l'article 5-1, e) renvoie donc à un état qui correspond à celui de l'abolition du discernement, ou à tout le moins de l'altération de celui-ci. L'aliénation désigne en tout cas un état pathologique majeur, du ressort de la psychiatrie, bien au-delà de la définition du trouble psychique retenu ici. Rapporté au droit allemand, l'aliénation renverrait aux justifications de l'internement psychiatrique sur décision du juge³².

19. Ensuite, l'approche téléologique prescrite, de jurisprudence constante, pour l'interprétation de l'article 5 – la prise en compte du but de protection contre l'arbitraire – a été ici perdue de vue.

20. Elle l'est d'abord parce que les deux arrêts feignent d'ignorer que les catégories conventionnelles ont été détournées spécifiquement pour priver les intéressés des garanties prescrites par les stipulations du texte, et que leur invocation par les autorités internes est par conséquent purement artificielle. Comme le souligne la doctrine, le législateur a ainsi créé une nouvelle catégorie autonome de « trouble psychique », qui ne correspond pas à la maladie mentale justifiant une déclaration d'irresponsabilité pénale et/ou un internement psychiatrique – mais qui pour autant couvre, selon la *ratio legis*, l'hypothèse de l'aliéné prévue par l'article 5-1, e)³³. En d'autres termes, le droit interne a défini une mesure pour couvrir spécifiquement la violation constatée par l'arrêt *M. c. Allemagne*. L'utilisation de la notion d'aliénation est donc mise ici au service, non du soin – au besoin contraint – en milieu hospitalier avec un cadre éthique correspondant, mais bien de la neutralisation de l'individu, objet premier de la mesure, **et ce dans le but précis de contourner l'obstacle conventionnel**. Le raisonnement, approuvé par la jurisprudence nationale³⁴, procède d'une instrumentalisation du trouble psychique en l'assimilant à la dangerosité pour servir l'objectif de neutralisation. Si la dangerosité d'une personne (mesurée par le risque de réitération de l'acte qui l'a amenée en prison) est considérée comme un critère d'aliénation mentale, la question se pose de savoir pourquoi elle a été jugée responsable et

³² Le juge pénal peut ordonner l'internement en hôpital psychiatrique d'une personne qui a commis une infraction dans un état d'irresponsabilité pénale ou de responsabilité atténuée en raison d'un trouble psychique, si l'analyse de sa personnalité et des actes qu'elle a commis laisse penser qu'elle est susceptible de commettre d'autres infractions graves et qu'elle est, par conséquent, dangereuse pour la collectivité (§ 63 StGB). Il lui faut donc vérifier que l'auteur souffre d'un trouble psychique d'une certaine gravité et que l'infraction commise résulte de son état psychique (BGH, 26/09/2012, 4 StR 348/12, NStZ, 2013, p. 424; BGH, 6/03/2013, 1 StR 654/12.).

³³ J. Peglau, « Konkretisierung des Begriffs der "psychischen Störung" i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG », note sous BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11, *jurisPR-StrafR*, 22/2011, comm. 2.

³⁴ BVerfG, 15 septembre 2011, 2 BvR 1516/11 ; BGH, 21 juin 2011, 5 StR 52/11 ; OLG Sarrebruck, 30 septembre 2011, 5 W 212/11 - 94.

condamnée alors qu’au terme de sa peine, on la considère suffisamment irresponsable pour ne pas lui rendre la liberté. Peut-on, pour les mêmes faits, détenir à des fins de punition puis retenir, sans limitation de durée, à des fins thérapeutiques au nom d’une « aliénation mentale » ? La psychiatrie sert ici de faire-valoir, et le brouillage des catégories vise à faire l’économie du respect des exigences conventionnelles rappelées par l’arrêt *M. c. Allemagne*. La CourEDH ne saurait s’arrêter à ce point aux apparences et aux catégories internes pour dénier la protection de la Convention.

21. La protection contre l’arbitraire, objet de l’article 5, fait ensuite défaut parce que le système s’autorisant de la notion d’aliénation est trop mouvant pour donner prise à des garanties un tant soit peu réelles. L’inconventionnalité tient ici à la conjonction entre d’une part, le recours à une catégorie psychiatrique trop indéterminée, et, d’autre part, le raisonnement prédictif que cette dernière fonde.

22. En effet, la notion recouvre une grande variété de troubles (trouble de la personnalité, du comportement, de la préférence sexuelle...). On ne saurait ignorer que la fiabilité de la catégorie nosographique de trouble de la personnalité antisociale est très sérieusement discutée³⁵. En outre, si le texte exige que la dangerosité découle du trouble mental, c’est le raisonnement inverse qui est en réalité adopté. Partant du constat que ces personnes étaient déjà jugées dangereuses auparavant, le trouble psychique – nouveau critère instauré dans le but d’échapper à la censure européenne – est déduit de la dangerosité, et non l’inverse. La propension à commettre des infractions sexuelles ou violentes serait ainsi le signe que la personne souffre d’une anomalie mentale, par le chemin d’une présomption opportuniste, pour déboucher sur le constat de la nécessité d’un traitement curatif : le raisonnement tautologique n’est pas loin.

23. Surtout le risque d’arbitraire résultant de cette indétermination est amplifié par le fait que les conséquences qui y sont attachées reposent sur une base probabiliste (l’anticipation de la réitération du crime). Le droit allemand entretient une confusion entre dangerosité et trouble psychique : du facteur de risque (du ressort de l’expertise psychiatrique³⁶) on bascule au lien causal (la projection criminologique). Devant une telle confusion des genres, l’exercice des garanties procédurales est parfaitement vain.

24. Comme le note le rapport des ministères de la Santé et de la Justice en France, qui a précédé l’instauration de la rétention de sûreté dans ce pays, « *les prévisions les plus sérieuses sur l’état*

³⁵ Voir en particulier C. Adam et J. Eglebert, « La « personnalité antisociale », antithèse de la psychopathologie », *Déviance et Société*, 2017/1 (Vol. 41), p. 3-28. Les auteurs font valoir que « *le trouble de la personnalité antisociale n’existe en réalité qu’à travers les lignes du DSM* », et que « *des points de vue clinique, méthodologique et psychopathologique, le trouble de la personnalité antisociale n’en est en réalité pas un puisqu’il ne permet d’identifier aucune dimension psychologique et ne permet pas de mettre en évidence la moindre perspective adaptative* » ; v. également C. Adam « Responsabilisation et déresponsabilisation dans le traitement des délinquants sexuels en Belgique », *Déviance et Société*, no. 3, 2012 ; pour une critique outre-atlantique de l’arrêt *Bergmann*, E. Kantorowicz-Reznichenko, « The Secret of a Cheaper Sentencing System: Lessons from Europe », *Criminal Law Bulletin*, 2017, Vol. 53, Issue 3

³⁶ Repérant un risque de passage à l’acte, principalement lié au mécanisme et à la thématique de l’activité délirante

dangereux occasionnel ou permanent laissent obligatoirement une place à l'imprévisible en matière d'activité humaine et de circonstances ». De fait, les études internationales sur la récidive des criminels atteints de troubles mentaux et les auteurs d'infractions à caractère sexuel font apparaître une forte proportion d'individus dont la dangerosité a été surestimée (faux diagnostics positifs) ou sous-estimée (faux diagnostics négatifs), ces derniers étant proportionnellement moins nombreux. »³⁷. Toute la question qui se pose à la Grande chambre est de savoir si le but de protection contre l'arbitraire poursuivi par l'article 5 peut s'accorder de la détention, pour une durée potentiellement illimitée, de ces « faux-positifs ».

25. EPLN entend conclure en alertant sur les conséquences hautement néfastes qu'entraînerait immanquablement sur la qualité des soins un tel bouleversement dans les repères éthiques et professionnels des équipes de psychiatrie exerçant en milieu pénitentiaire. Avec la Haute autorité de santé, il souligne que « *la psychiatrie est une discipline complexe qui traite de la maladie mentale, mais qui ne peut être utilisée comme un élément du contrôle social à travers la question de la dangerosité comme elle a pu l'être ailleurs à des fins de contrôle politique. Le psychiatre tire sa légitimité de ce qu'il fait toujours la part, face au patient qu'il soigne, de ce qui appartient au sujet-citoyen et de ce qui revient à la maladie mentale. La psychiatrie n'a pas vocation à être un élément de contrôle social. Elle n'est légitime que dans une perspective de soin et dans le respect des libertés. Toute confusion, tout excès dans l'interprétation de la dangerosité potentielle des personnes souffrant de troubles mentaux, toute psychiatrisation abusive des conduites dangereuses seraient des régressions majeures tant sur le plan éthique que politique. »³⁸.*

26. En conséquence, EPLN invite la Grande chambre de la Cour à juger :

- que la détention de sûreté telle qu'adaptée par le législateur interne à la suite de l'arrêt *M. c. Allemagne*, préc., constitue une peine au sens de l'article 7 de la Convention, assujettie comme telle aux principes de la légalité des délits et des peines et de non rétroactivité de la loi pénale ;

- que la mesure se situe en dehors de la portée des stipulations de l'article 5-1, e) de la Convention et qu'en conséquence, sa conventionnalité doit être contrôlée sous l'angle de celles de l'article 5-1, a).

Fait à Kiev, le 26 septembre 2017,

Par délégation, Hugues de Suremain

Annexe : note de Madame Mireille Delmas-Marty

³⁷ *Santé, justice et dangers* : pour une meilleure prévention de la récidive - Rapport de la Commission santé-justice, 2005.

³⁸ *Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive* Haute Autorité de Santé, mars 2011, France.