L'internement de sûreté allemand : chronique d'une dérive

Articles 5 et 7 de la Convention EDH

Louise Descamps et Jenny Frinchaboy

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3829>

DOI : 10.4000/revdh.3829

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Louise Descamps et Jenny Frinchaboy, « L'internement de sûreté allemand : chronique d'une dérive », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 19 avril 2018, consulté le 06 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3829> ; DOI : 10.4000/revdh.3829

Ce document a été généré automatiquement le 6 mai 2019.

Tous droits réservés

L'internement de sûreté allemand : chronique d'une dérive

Articles 5 et 7 de la Convention EDH

Louise Descamps et Jenny Frinchaboy

- 1 L'internement de sûreté – *Sicherungsverwahrung* en allemand – qui constitue une mesure de défense sociale, a été introduit en Allemagne par la loi sur les criminels d'habitude du 23 novembre 1933¹. Il est l'expression de la volonté du législateur allemand de lutter contre la dangerosité présumée de l'individu en adoptant un système dualiste de sanctions pénales, comprenant peines et mesures de sûreté. Le but de ce système est de protéger la collectivité et de réadapter des personnes dites « dangereuses » en ajoutant, à leur(s) peine(s), différentes mesures préventives². L'internement de sûreté constitue l'une de ces mesures et n'est pas considéré, en Allemagne, comme constituant une peine au sens de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après dénommée « Convention européenne »). Cette considération a de réels impacts sur le plan pratique : dès lors que l'on considère que l'internement de sûreté n'est pas une peine au sens de l'article 7, les garanties afférentes ne sont pas attachées à la mesure. L'internement de sûreté implique pourtant une atteinte importante aux libertés fondamentales, car elle consiste à infliger une détention à un individu pour une durée indéterminée et, potentiellement, illimitée, en raison d'un crime qu'il serait susceptible de commettre.
- 2 Dans le courant du mois de septembre 2017, nous avons eu l'occasion de participer à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'Homme, initiée par le Réseau européen de contentieux pénitentiaire (dénommé le plus souvent par son abréviation anglaise « EPLN »), dans l'affaire *Ilseher c. Allemagne* (req. nos. 10211/12 et 27505/14). En effet, le problème soulevé résidait dans le fait que Strasbourg, qui considérait depuis plusieurs années que l'internement de sûreté constituait une peine soumise aux garanties de l'article 7 de la Convention, avait modifié sa jurisprudence dans un sens – contestable – moins protecteur des justiciables. L'EPLN, par le biais de cette intervention, entendait donc affirmer que l'internement de sûreté allemand constitue

une peine au sens de l'article 7 § 1 de la Convention et qu'il se situe hors du champ de l'article 5 § 1, e) de cette même Convention³.

1°/ Contexte et cas d'espèce

- 3 Le champ d'application de l'internement de sûreté a été progressivement étendu, dans le cadre d'un véritable emballement législatif impulsé par des considérations sécuritaires, la mesure pouvant désormais être prononcée, dans certaines conditions, de façon rétroactive⁴. Son régime posant des problèmes à plusieurs égards, la Cour européenne a entendu, en 2009, dans l'affaire *M. c. Allemagne*⁵, mettre fin ou, à tout le moins, freiner l'expansion de cette mesure de sûreté. En l'espèce, la Cour a estimé qu'il s'agissait d'une détention arbitraire, car la mesure n'entraînait dans aucune des hypothèses prévues par l'article 5 § 1 de la Convention, qui renferme une liste exhaustive de motifs permettant de justifier une privation de liberté⁶. De plus, en appliquant ses critères autonomes de qualification des sanctions, la Cour a affirmé que la *Sicherungsverwahrung* constituait une « peine » au sens de l'article 7 § 1 de la Convention, en l'absence de différence substantielle avec le régime pénitentiaire ordinaire. La mesure ne saurait, par conséquent, être appliquée ou prolongée de manière rétroactive, comme le commande le principe de légalité posé par la disposition.
- 4 Cette décision a été suivie d'une série d'arrêts par lesquels la Cour a d'abord confirmé sa position en ce qui concerne la prolongation de la mesure au-delà de la durée maximale de dix ans autorisée par le droit interne au moment de la décision de placement⁷, néanmoins sans jamais condamner l'institution de l'internement de sûreté dans son principe. Elle a notamment précisé, lors des décisions intervenues ultérieurement à l'arrêt *M. c. Allemagne*, qu'elle acceptait le fait que la mesure soit ordonnée en même temps qu'une peine d'emprisonnement, dès lors que la mesure présentait un lien de causalité suffisant avec la condamnation initiale⁸ (conformément à l'article 5 § 1, a) de la Convention) et ne faisait pas l'objet d'une prolongation rétroactive⁹ (conformément à l'article 7 § 1 de la Convention). L'internement de sûreté primaire est donc, dans son principe, compatible avec l'article 5 § 1, a) de la Convention.
- 5 Par la suite, la Cour a condamné explicitement l'internement de sûreté *a posteriori* appliqué de manière rétroactive aux personnes jugées avant sa création en 2004¹⁰, y compris dans l'hypothèse particulière où la mesure intervenait à l'issue d'un internement en hôpital psychiatrique¹¹. En l'espèce, l'internement de sûreté *a posteriori* a été jugé contraire à l'article 5 § 1, parce que la juridiction qui l'avait ordonné ne s'était pas expressément fondée sur une maladie mentale, au sens de l'article 5 § 1, e) de la Convention¹². Quand bien même une telle maladie aurait-elle été constatée par la juridiction interne conformément aux exigences de la Cour, les modalités d'exécution de la détention auraient alors, à tout le moins, dû être adaptées à la maladie dont souffre la personne, et l'internement aurait dû avoir lieu au sein d'un établissement de nature à permettre un traitement adéquat¹³. Or cela n'a, visiblement, pas été le cas puisque la Cour européenne a précisément insisté sur la ressemblance entre les modalités d'exécution de la peine et celles de l'internement de sûreté.
- 6 Invité par la Cour constitutionnelle fédérale¹⁴ à refondre entièrement le dispositif de l'internement de sûreté – déclaré inconstitutionnel par une décision du 4 mai 2011¹⁵, mais maintenu en vigueur de manière provisoire jusqu'à la réforme devant intervenir au plus tard le 31 mai 2013 – le législateur a réagi par la loi du 5 décembre 2012 « relative à la

transposition du principe de la distance obligatoire dans le droit de l'internement de sûreté au niveau fédéral » (*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*)¹⁶, 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. Le § 66c relatif aux modalités d'exécution de l'internement de sûreté et de l'incarcération qui la précède a, par conséquent, été inséré dans le Code pénal. Il reprend pour l'essentiel les règles posées par la Cour constitutionnelle. Ce texte prévoit désormais une prise en charge favorisant la coopération de l'intéressé à sa propre resocialisation (*Mitwirkungsbereitschaft*)¹⁷ et reposant notamment sur un traitement personnalisé. 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 pas¹⁸. Ces nouvelles modalités visent à réduire la dangerosité de la personne concernée afin de permettre à la mesure de prendre fin¹⁹.

- 7 La loi du 5 décembre 2012 a en outre renforcé, conformément à la décision constitutionnelle, le caractère d'*ultima ratio* de l'internement de sûreté²⁰. Cela implique que tout soit mis en œuvre pour réduire la dangerosité de la personne dès l'exécution de sa peine, dans le but de ne pas recourir à l'internement. Ces diverses dispositions aboutissent à ce 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 collectivité²¹.
- 8 De plus, 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 l'inconventionnalité de ces mesures, 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 sexuelle²². On peut s'interroger sur la pertinence de ce nouveau critère d'un trouble psychique – notion vague, notamment pour les personnes pénalement responsables – pour légitimer le maintien de mesures pourtant expressément condamnées par la Cour européenne. Il ressort d'ailleurs de l'exposé des motifs du projet de loi que le but de cette disposition transitoire est de combler un vide sécuritaire (engendré par la réforme)²³, ce qui ne saurait pourtant pas suffire à justifier une privation de liberté au regard à l'article 5 § 1 de la Convention²⁴. La violation du principe de non-rétroactivité découlant de l'article 7 § 1 de la Convention est en outre délibérément maintenue par le législateur qui avait pourtant le choix d'opter pour une abrogation complète de tout le dispositif contraire à la Convention européenne.
- 9 En introduisant le critère du trouble psychique, le législateur entendait probablement contourner l'inconventionnalité en faisant entrer le dispositif dans les prévisions de l'article 5 § 1, e) de la Convention qui autorise la privation de liberté d'un aliéné. En effet, dans l'hypothèse d'un prononcé *a posteriori* ou d'une prolongation avec effet rétroactif de la mesure, celle-ci n'est plus couverte par l'alinéa a) de l'article 5, faute de lien causal suffisant avec la condamnation initiale. Ne reste alors que l'alinéa e) pour justifier la

mesure. Par ailleurs, la nouvelle dimension thérapeutique de la mesure visait à faire échapper celle-ci à l'article 7 § 1 de la Convention, par la différenciation des modalités d'exécution de la mesure par rapport à celles de l'emprisonnement punitif. Or, la mesure intervient toujours à la suite de la commission d'une infraction pénale, ce qui en fait une sanction pénale très proche de la peine au regard des critères dégagés par la Cour européenne.

- 10 C'est dans ce contexte que la Cour a rendu, en 2016, l'arrêt *Bergmann*²⁵ dans lequel elle a opéré un revirement jurisprudentiel malheureux. Dans cette affaire, sur laquelle nous reviendrons dans cet article, la Cour semble, dans un premier temps, confirmer la solution retenue dans l'arrêt *M. c. Allemagne*, à savoir affirmer que l'internement de sûreté doit, en principe, être considéré comme une peine, d'une part, du fait que son but n'est pas uniquement préventif, mais qu'il poursuit aussi un but punitif et, d'autre part, du fait que la gravité de la mesure en fait l'une des mesures les plus graves existant dans l'arsenal des sanctions prévues par le Code pénal allemand. Il appartient aujourd'hui à la Grande Chambre de clarifier sa jurisprudence dans le but d'une meilleure protection des droits de l'homme.
- 11 Néanmoins, la Cour poursuit son raisonnement de façon étonnante. En effet, elle estime 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 devoir être considérée comme une peine.

« However, in cases such as that of the applicant, where preventive detention is extended because of, and with a view to the need to treat his mental disorder, the Court accepts that both the nature and the purpose of his preventive detention substantially changed and that the punitive element, and its connection with his criminal conviction, is eclipsed to such an extent that the measure is no longer to be classified as a penalty within the meaning of Article 7 § 1 »²⁶.
- 12 En l'espèce, la Cour soustrait donc l'internement de sûreté aux garanties découlant des articles 5 § 1 a) et 7 § 1 de la Convention. Ce faisant, la Cour instaure un troisième temps dans la privation de liberté : après le temps punitif et le temps préventif (lié à la dangerosité), la Cour reconnaît le temps thérapeutique – qui *de jure* change la nature de la privation de liberté : de peine elle devient mesure de sûreté. Méthodologiquement, cette conclusion surprend déjà par sa forme, comme la doctrine a pu le relever :

« Rien ne laissait présager une telle conclusion ; pour le juriste, que la Cour européenne avait habitué aux belles démonstrations de rigueur juridique et à la logique implacable, c'est l'incompréhension la plus totale »²⁷.
- 13 En effet, la Cour semble conclure que la maladie mentale du requérant entraîne nécessairement une dangerosité criminelle tout en ne rattachant pas cette « dangerosité » au temps préventif qu'elle a établi dans sa jurisprudence passée.
- 14 Une solution similaire à celle de l'affaire *Bergmann* a été retenue dans l'arrêt de section *Ilseher c. Allemagne*. Ce raisonnement est difficilement soutenable, tant du point de vue de l'article 7 que de l'article 5 de la Convention, comme nous allons le voir.

2°/ État de la jurisprudence européenne

- 15 Bien que l'internement de sûreté allemand ait fait l'objet de (très) nombreux arrêts strasbourgeois, les arrêts *M. c. Allemagne*, *Bergmann c. Allemagne*²⁸ et plus récemment *Ilseher c. Allemagne* permettent de retracer l'évolution de la jurisprudence de la Cour et

de mettre en avant la façon dont la Cour a modifié ses critères au cours des années. Il convient donc de rappeler que l'internement de sûreté est une peine au sens de l'article 7 de la Convention et qu'il se situe en dehors de la portée des stipulations de l'article 5 § 1, e). En conséquence, la conventionalité de la mesure doit être contrôlée sous l'angle des stipulations de l'article 5 § 1, a).

A/ - L'internement de sûreté est une peine

- 16 Il sied tout d'abord de rappeler que la notion de « peine », contenue dans l'article 7 § 1, a une portée autonome²⁹. La Cour n'est donc pas liée par la qualification interne donnée par le droit national. Au fil de sa jurisprudence³⁰, elle a ainsi su poser différents critères servant à apprécier l'existence d'une peine. Les critères principaux sont la qualification interne donnée à la mesure, la nature de la mesure (souvent combinée avec la gravité de celle-ci) et le but de la mesure.
- 17 Tout d'abord, les juges européens examinent la qualification juridique interne de la mesure. Ce critère, point de départ de toute analyse, ne lie cependant pas la Cour³¹. Le fait que l'internement de sûreté soit qualifié de mesure de sûreté et non de peine en droit allemand n'emporte donc pas de conséquence particulière dans l'analyse de la Cour. Un autre critère dégagé par la Cour est la nature de la mesure, critère qui peut être combiné avec la gravité de cette dernière. Pour apprécier ces critères, différents éléments tels que l'intensité de la mesure, sa durée³², les circonstances réelles dans lesquelles elle est exécutée ainsi que le contexte juridique dans lequel elle est adoptée peuvent servir à la Cour. La mesure allemande est, par sa nature même, privative de liberté. Mais ce qui permet de conclure à sa gravité certaine, c'est qu'elle s'apparente à une réclusion criminelle, les intéressés étant enfermés dans des prisons « ordinaires ».
- 18 Le but de la mesure est un autre critère dégagé par la Cour pour la guider dans son analyse. Pour être qualifiée de « peine », une mesure ne doit cependant pas nécessairement avoir un but répressif. En effet, la Cour a considéré qu'un but préventif ne faisait pas obstacle à la qualification d'une mesure en « peine »³³. Dans l'affaire *Ilmseher*, la Cour conclut au but curatif, qu'elle nomme aussi but thérapeutique. Les dangers de cette affirmation seront exposés ci-après, mais nous pouvons déjà conclure que cette appellation ne suffit pas en elle-même à faire échapper la mesure allemande à la notion de « peine ». Enfin, d'autres critères, tels que les procédures liées à l'adoption de la mesure et à son exécution, peuvent être pris en compte³⁴. La Cour prend aussi parfois en considération un critère subjectif, à savoir le degré d'humiliation lié à la condamnation à la mesure envisagée. Dans le cas de la mesure de sûreté allemande, l'humiliation infligée au condamné est immense. En effet, l'internement de sûreté n'est pas la conséquence directe d'un comportement adopté par le condamné qui serait contraire à la loi, mais elle est ordonnée car l'individu est jugé « dangereux » par les autorités. La stigmatisation est – trop – grande et elle entraîne nécessairement sa dose d'humiliation.
- 19 Dès lors, l'internement de sûreté, tel qu'appliqué en Allemagne, doit être qualifié de peine au sens de la Convention. Il répond en effet en tous points aux critères développés dans la jurisprudence de la Cour et le fait que la loi interne ait été amendée ne change rien à la nature de cette peine. En effet, on voit mal en quoi l'aspect curatif de la mesure aurait changé sa nature profonde³⁵.
- 20 Si l'arrêt *M. c. Allemagne* semblait progressiste à certains égards, notamment en affirmant que l'internement de sûreté devait être considéré comme une peine, tel n'est

malheureusement plus le cas dans la jurisprudence postérieure. En 2009, dans l'arrêt *M. c. Allemagne*, la Cour affirmait :

« Eu égard à ce qui précède, la Cour, après être allée au-delà des apparences et avoir procédé à sa propre analyse, conclut que la détention de sûreté prévue par le Code pénal allemand doit être qualifiée de « peine » aux fins de l'article 7 § 1 de la Convention »³⁶.

- 21 Dans son arrêt *Bergmann* rendu en 2016, la Cour décide de ne plus considérer l'internement de sûreté comme une peine et, faisant une croix sur la rigueur juridique, préfère consacrer l'impératif sécuritaire.
- 22 Enfin, l'arrêt *Ilseher* est tout aussi décevant en ce que la Cour, dans son argumentation juridique, fait référence non pas à l'arrêt *M.* mais à l'arrêt *Bergmann*, qui est bien plus restrictif des droits fondamentaux.

« The Court considers that the same considerations apply to preventive detention which was not prolonged beyond a former statutory time-limit, as in the case of *Bergmann* (cited above), but which was ordered retrospectively in a separate judgment, without a preventive detention order having been included in the sentencing court's judgment, as in the present case. (...) Given these circumstances, the Court concludes that the applicant's preventive detention in the period at issue and as resulting from the impugned decisions could no longer be classified as a "penalty" »³⁷.

- 23 C'est désormais face à une position ambiguë que les requérants doivent faire face. En effet, après avoir affirmé certains principes, la Cour de Strasbourg ne semble pas vouloir appliquer les garanties afférentes.

B/ - Une rétroactivité questionnée³⁸

- 24 À propos de la rétroactivité, il sied de se référer en outre au principe de légalité des délits et des peines (*nullum crimen nulla poena sine lege*) énoncé à l'article 7 de la Convention. Ce principe est fondamental. En effet, il est impératif en droit international et doit être respecté strictement par l'ensemble des juridictions, tant nationales qu'internationales. La Cour européenne a procédé à l'interprétation des critères de définition de l'article 7³⁹ que nous rappelons brièvement dans le présent article. Nous pouvons mettre en avant trois éléments nécessaires au respect du principe de légalité. La qualité, l'accessibilité ainsi que la prévisibilité du droit. Ces exigences s'appliquent tant à l'infraction qu'à la sanction pénale et à son exécution, ce qui nous intéresse plus particulièrement en l'espèce. Ces critères entraînent l'interdiction de l'application rétroactive d'une peine *in malam partem*.
- 25 Sur la qualité de la loi, elle implique, pour la Cour, que le droit soit suffisamment clair et précis afin d'éviter tout danger d'arbitraire⁴⁰. Selon la jurisprudence constante de la Cour⁴¹, la clarté et la précision des dispositions légales sont les deux critères matériels – et cumulatifs – qui s'imposent à la loi. Dans l'affaire *Sunday Times*, les juges ont estimé que la clarté de la loi ne s'apprécie qu'à la condition que l'intéressé se soit entouré de « conseils éclairés »⁴². Elle doit permettre à la personne concernée « d'évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »⁴³. Concernant la précision, elle est seulement relative, voire limitée : « Dès 1974 [selon la Commission] l'exigence de sécurité de la loi ne saurait signifier que des faits concrets engageant la responsabilité pénale soient exposés en détail dans la loi concernée »⁴⁴. La précision et la clarté doivent s'apprécier dans le contexte global du texte en cause. « La Commission a ainsi pu considérer qu'une disposition peu précise en soi

pouvait le devenir à la lecture combinée d'autres articles de la même loi »⁴⁵. À ce propos, la Cour a conclu à la violation de l'article 7 de la Convention, dans le cas d'un droit qui, « pris dans son ensemble, n'était pas formulé avec suffisamment de précision pour permettre au requérant de discerner, à un degré raisonnable dans les circonstances, fût-ce en s'entourant au besoin de conseils éclairés, la portée de la peine de réclusion à perpétuité et les modalités de son exécution »⁴⁶. Dès lors qu'il existe un texte et une jurisprudence clairs, qui répondent aux critères liés à la prévisibilité, les exigences de précision et de clarté de la norme légale sont respectées.

- 26 Il importe d'ajouter à ces critères une nécessaire accessibilité de la loi qui est cependant plus ambivalente, voire « limitée »⁴⁷. Toujours selon la Cour, la condition d'accessibilité requiert que « tout citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné »⁴⁸. Cette accessibilité est analysée dans un sens pratique. En effet, la condition est considérée comme satisfaite dès lors que le texte en cause a été publié. Dans l'affaire *K.-H.W. c. Allemagne*, qui concernait la Constitution et le Code pénal allemands, la Cour a estimé que « les textes écrits étaient accessibles à tous [à la différence] d'obscurs règlements »⁴⁹. Enfin, la loi ne doit pas être accessible à tous, mais se doit d'être « accessible aux personnes concernées »⁵⁰ et doit pouvoir l'être dans les faits en s'entourant, si nécessaire, de « conseils éclairés »⁵¹.
- 27 Ces différents critères sont nécessaires pour respecter celui, plus général, de prévisibilité. Ce dernier critère est particulièrement important aux yeux de la Cour. Cette dernière estime que la prévisibilité ne doit pas être absolue, mais seulement raisonnable. Les personnes doivent pouvoir « évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »⁵². Cette prévisibilité doit dès lors s'analyser *a contrario* : ce qui serait déraisonnable, inattendu, surprenant, ne pourrait satisfaire la prévisibilité. *In casu*, le texte ainsi que la jurisprudence n'étaient pas suffisamment clairs (ni au moment de la commission des faits ni au moment de la condamnation) que pour satisfaire à cette exigence. L'article 7 a dès lors été violé, sous l'angle de la prévisibilité.
- 28 Ces règles posées, il appert que le principe posé par la Cour est la prohibition de l'interprétation analogique opérée *in malam partem*. Cette prohibition est directement liée au respect du principe de légalité. La Commission l'a confirmé très tôt⁵³ et la Cour n'a eu de cesse de le rappeler depuis⁵⁴. La Cour proscriit l'interprétation par analogie, qu'elle estime en défaveur du requérant⁵⁵. Le principe de légalité est violé dès lors qu'intervient un « brusque » changement jurisprudentiel ou législatif, défavorable à l'accusé, et auquel le requérant ne pouvait s'attendre.
- 29 La matière de l'internement de sûreté a véritablement subi un « brusque » changement législatif, comme nous l'avons exposé *supra*, qui est manifestement défavorable à l'accusé et que ce dernier ne pouvait raisonnablement prévoir. C'est pour toutes ces raisons qu'à nouveau, l'article 7 de la Convention a été violé.
- 30 Ces développements mettent en évidence que l'application rétroactive de l'internement 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 qu'elle est la conséquence de cette même condamnation, et s'applique *in malam partem*.

- 31 De surcroît, cette mesure est encore contraire à l'article 7 par l'utilisation dans la législation de termes flous (« trouble psychique ») qui dénote une obscurité de la loi – qui ne répond pas au critère de clarté que celle-ci doit revêtir.

C/ - La détention de sûreté au regard de l'article 5 de la Convention européenne

- 32 Conclure que la mesure de sûreté n'est pas une peine ne tient pas compte de la jurisprudence constante de la Cour. En effet, la personne condamnée pour une infraction (puis placée en internement de sûreté) ne peut pas être considérée comme un « aliéné » au sens de l'article 5 § 1, e) de la Convention⁵⁶. Les juges européens estiment en effet habituellement qu'un problème mental doit atteindre un certain niveau de gravité pour pouvoir être considéré comme un véritable trouble mental aux fins de l'article 5 § 1, e)⁵⁷. D'ailleurs, il ressort des décisions rendues par la Cour constitutionnelle fédérale que la notion de trouble psychique telle qu'elle figure dans la loi allemande inclut également des troubles non pathologiques⁵⁸. Il apparaît dès lors difficilement concevable 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) de la Convention⁵⁹. La condamnation préalable de la personne jugée implique que celle-ci soit capable de discernement et responsable de ses actes, ce qui paraît en contradiction avec le constat d'une maladie mentale. D'ailleurs, on constate que le Code pénal allemand opère précisément une distinction entre le placement des délinquants dangereux en internement de sûreté (§ 66 et suivants du *Strafgesetzbuch*) et l'internement des malades mentaux en hôpital psychiatrique (§ 63). Enfin, la Cour européenne elle-même estime habituellement que la privation de liberté imposée à un individu au motif qu'il est aliéné ne relève de l'article 5 que si l'intéressé est placé dans un hôpital, une clinique ou une autre institution appropriée⁶⁰.
- 33 Les arrêts *Bergmann* et *Ilseher* s'opposent sur ce point à l'arrêt *Glien c. Allemagne*⁶¹, dans lequel la Cour avait jugé que la détention d'un requérant souffrant de pédophilie non pathologique n'était pas justifiée au regard de l'article 5 § 1, e) de la Convention. Certes, M. Bergmann était interné dans un nouvel établissement approprié pour traiter des personnes souffrant de troubles mentaux, conformément aux exigences résultant de la nouvelle législation. Mais à l'instar des établissements classiques dédiés aux personnes placées en internement de sûreté, celui-ci dépend du centre pénitentiaire (§ 145) et les conditions de détention ne semblent donc pas profondément modifiées.
- 34 En ce qui concerne le constat de la maladie mentale, la Cour européenne semble désormais se retrancher derrière l'appréciation des faits par les juges nationaux. Or ces derniers semblent en réalité déduire le trouble psychique du risque de commission de nouvelles infractions. Il ressort également de l'arrêt *Bergmann* que l'état mental du requérant est pour l'essentiel resté inchangé depuis l'époque de la commission des faits (§ 112), pour lesquels il a été condamné pénalement. Enfin, les doutes existant sur la possibilité de traiter son prétendu trouble psychique (§ 114) ont justifié un internement de sûreté par préférence à l'hospitalisation psychiatrique.
- 35 En conséquence, la mesure semble davantage relever du premier cas visé par l'article 5 § 1, a), permettant une détention après condamnation à la condition de caractériser un lien de causalité suffisant. Cette dernière condition faisant défaut, la détention aurait dû être jugée arbitraire.

- 36 La Cour de Strasbourg a donc approuvé le dispositif en insistant sur le fait que le trouble mental, qui n'a pas déterminé la décision initiale de placement en internement de sûreté, constituait un élément complémentaire nouveau, indépendant de la sanction initiale imposée (§ 167). Or un tel raisonnement est critiquable, dans la mesure où le nouveau critère du trouble psychique semble instrumentalisé par le législateur allemand.
- 37 En effet, la réglementation transitoire de l'internement de sûreté allemand instaure une confusion entre dangerosité et trouble psychique en établissant un lien direct entre ces deux notions⁶². Si le texte exige que la dangerosité découle du trouble mental, on a plutôt l'impression que 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 – semble être 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 simple présomption opportuniste. Or, en psychiatrie, ce lien entre trouble psychique et dangerosité criminologique est loin d'être évident. Comme le souligne la doctrine, le législateur aurait ainsi créé une nouvelle catégorie autonome de « trouble psychique » qui ne correspondrait ni au simple trouble justifiant habituellement un internement de sûreté, ni à une « déviance sociale », ni à la maladie mentale justifiant une déclaration d'irresponsabilité pénale et un internement psychiatrique – mais qui couvrirait, selon la *ratio legis*, tout de même l'hypothèse de l'aliéné prévue par l'article 5 § 1, e) de la Convention européenne⁶³. Le raisonnement, approuvé par la jurisprudence nationale⁶⁴, semble procéder d'une instrumentalisation du trouble psychique en l'assimilant à la dangerosité. Le législateur semble omettre le fait que le critère du trouble psychique correspond, en principe, à la maladie mentale cause d'irresponsabilité pénale et non à la dangerosité criminologique.
- 38 Il est donc important de rappeler que la personne souffrant de troubles psychiques au sens de la loi allemande ne peut pas être automatiquement considérée comme un aliéné au sens de l'art 5 § 1, e) de la Convention, son trouble psychique n'étant pas toujours suffisamment grave pour cela. La Cour fédérale de justice a ainsi jugé que ce trouble ne correspondait pas nécessairement à une altération ou une abolition du discernement, causes d'irresponsabilité pénale au sens des § 20 et 21 du Code pénal allemand⁶⁵. Il peut en effet s'agir d'un trouble psychique quelconque (trouble de la personnalité, du comportement, de la préférence sexuelle...).
- 39 De plus, la personne relevant du champ d'application de l'internement de sûreté doit par définition être responsable pénalement, puisque l'internement de sûreté est subordonné à une condamnation pénale. Elle ne semble donc pas pouvoir être considérée comme un « aliéné » au sens de la Convention européenne. L'exigence d'une capacité de discernement paraît d'ailleurs contradictoire avec la condition d'un trouble psychique (en principe pathologique) susceptible de faire l'objet d'un traitement. Aussi, un tel trouble semble-t-il relever davantage d'une autre mesure de sûreté, l'internement en hôpital psychiatrique, qui concerne précisément les personnes irresponsables pénalement ou dont la responsabilité est atténuée. Il est par conséquent critiquable de permettre que l'on prive de sa liberté une personne responsable de ses actes qui a purgé sa peine au seul motif qu'elle souffre d'un trouble psychique qui la rendrait dangereuse pour la société, sans prouver qu'il s'agit d'une réelle maladie mentale.
- 40 Sans donner de définition précise de l'aliéné au sens de l'article 5 § 1, e) de la Convention – s'agissant d'une notion évolutive –, la Cour strasbourgeoise exige en effet de manière

générale un « trouble mental réel », constaté par une expertise médicale objective et revêtant un caractère ou une ampleur légitimant l'internement, ce qui ne saurait inclure un comportement simplement déviant par rapport aux normes sociales⁶⁶. Le trouble mental ne saurait pas davantage être déduit de la seule dangerosité de la personne⁶⁷. Il est vrai qu'une décision de la Commission européenne des droits de l'homme, auquel le projet de loi allemand fait référence, a indiqué que la notion d'aliéné au sens large visait également les personnes qui présentent des anomalies du caractère ne constituant pas une maladie mentale, mais excluant leur responsabilité pénale⁶⁸. La Cour a elle-même admis une détention fondée sur cet article dans le cas d'une personne qui souffrait d'un trouble mental ne pouvant être soigné d'un point de vue clinique, lorsque l'intéressé demeurait un risque pour le public⁶⁹.

- 41 Or, même dans ce cas de figure, la détention, pour être régulière, doit s'effectuer dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié⁷⁰. Bien que la Cour n'exclue pas par principe les délinquants responsables du domaine d'application de l'article 5 § 1, e) s'ils souffrent de troubles psychiatriques (la mesure prise pouvant alors relever tant de l'alinéa a) que de l'alinéa e) de l'article 5 § 1 de la Convention)⁷¹, la mesure la plus appropriée semble être l'internement en hôpital psychiatrique – qui est d'ailleurs la mesure en question dans la majorité des affaires citées. Si l'internement psychiatrique peut faire présumer la réalité de la maladie mentale, il n'en va pas de même dans l'hypothèse où les juges nationaux ont opté pour une peine privative de liberté suivie d'un internement de sûreté.
- 42 On ne manquera d'ailleurs pas de souligner que la loi sur l'internement thérapeutique ne s'aligne pas sur la terminologie officielle de la Convention européenne, en employant le terme « trouble psychique » (*psychische Störung*), alors que la version allemande de la Convention fait référence, dans son article 5 § 1, e), aux « malades mentaux » (*psychisch Kranken*). Le trouble psychique semble donc être entendu de manière plus large par le législateur allemand que par la Cour européenne.
- 43 En définitive, la loi sur l'internement thérapeutique semble introduire une confusion regrettable entre le délinquant pénalement responsable et la personne souffrant d'une maladie mentale qui nécessite un traitement approprié, en instrumentalisant la notion de « trouble psychique ».
- 44 Il est donc primordial que la Cour européenne des droits de l'homme endigue cette tendance en revenant à une définition plus exigeante du trouble mental aux fins de l'article 5 § 1, e), de la Convention, acceptant ainsi que la mesure de sûreté entre dans le champ de l'article 5 § 1, a).
- 45 Cette conclusion acceptée, la mesure de sûreté, pour être conventionnelle, doit dès lors être « régulière » - au sens de l'article 5 § 1, a). À ce propos, la Cour rappelle qu'en matière de « régularité » d'une détention, la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure. Ce terme impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne, mais concerne aussi la qualité de la loi⁷². À cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'il peut falloir, par-delà les apparences et le vocabulaire employé, s'attacher à cerner la réalité⁷³. De surcroît, toute privation de liberté doit être conforme au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire⁷⁴.
- 46 Ainsi, la « régularité » voulue par la Convention présuppose le respect non seulement du droit interne, mais aussi – l'article 18 le confirme – du but de la privation de liberté

autorisée par l'alinéa a) de l'article 5 § 1⁷⁵. Toutefois, l'expression « détention après » implique un lien de causalité⁷⁶ et non seulement un ordre chronologique. La détention doit directement procéder de la condamnation, en ce sens qu'elle résulte de celle-ci et, partant, qu'elle intervient « en vertu » de la condamnation. Il ne suffit pas qu'elle ait lieu « à la suite » de celle-ci⁷⁷. En bref, il doit exister entre elles un lien de causalité suffisant⁷⁸, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ni dans toutes les hypothèses d'un prononcé *a posteriori* ou d'une prolongation avec effet rétroactif de la mesure. En cela, l'application de cette mesure de sûreté ici ne correspond plus ni au temps lié à l'élément punitif de la peine ni au temps lié à la dangerosité de l'auteur de l'infraction (dégagés par la jurisprudence de la Cour), mais à un troisième temps non lié à la condamnation – que l'on appellerait « thérapeutique »⁷⁹.

- 47 Ainsi, il paraît douteux que la réforme intervenue permette d'assurer la conventionnalité de la nouvelle mesure, car même si les modalités d'exécution de l'internement de sûreté correspondent désormais davantage aux exigences européennes, la mesure demeure privative de liberté et intervient toujours à la suite d'une condamnation pour une infraction pénale, ce qui en fait une peine au regard des critères dégagés par la Cour européenne. Par conséquent, le trouble psychique ainsi que la finalité curative de la mesure semblent constituer un leurre.
- 48 Enfin, pour qu'une détention puisse être qualifiée de « régulière » il faut également que la durée effective de la privation de liberté, compte tenu des règles concernant les remises de peines applicables, soit suffisamment « prévisible » pour la personne condamnée au moment du prononcé de la décision de condamnation⁸⁰. Un revirement jurisprudentiel ou législatif, appliqué de façon rétroactive, n'est conforme à la Convention que s'il était prévisible⁸¹.

3°/ - Quel avenir pour la mesure allemande ?

- 49 L'impératif sécuritaire peut-il, à lui seul, justifier l'application d'une telle mesure, qui s'apparente à une peine, sans pour autant être entourée des garanties nécessaires ? Les développements qui précèdent permettent de mettre en avant les incohérences existant dans le raisonnement de la Cour européenne qui laissent désirer un retour en arrière, au stade de sa jurisprudence *M. c. Allemagne*. L'internement de sûreté doit en effet être qualifié de peine au sens de l'article 7 de la Convention. Certes, sur le plan interne il s'agit d'une mesure de sûreté qui, en raison de sa finalité préventive et non punitive, est soumise à un régime spécifique. Il ne s'agit pas de remettre en cause le système dualiste des sanctions pénales qui présente un intérêt à maints égards. Cependant, soustraire l'internement de sûreté aux garanties prévues par la Convention européenne, et notamment l'article 7, est dangereux pour les droits et libertés de la personne concernée. Plus encore, la position des juges européens ouvre la porte à toutes les dérives. La législation allemande n'est d'ailleurs pas la seule à contenir une telle mesure. En effet, le législateur français aussi a introduit diverses mesures de sûreté, parmi lesquelles la rétention de sûreté, en s'inspirant de son homologue allemand. La Cour européenne n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette dernière mesure, qui semble contraire à l'article 7 de la Convention lorsqu'elle est prononcée *a posteriori*, à la suite d'une surveillance de sûreté, auquel cas elle peut en effet s'appliquer de manière rétroactive. La Cour a toutefois été saisie de plusieurs autres mesures telles que celles que le juge pénal peut ordonner en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble

mental (articles 706-135 et 706-136 du Code de procédure pénale). L'arrêt *Berland c. France*⁸² concernait plus précisément un requérant qui avait été soumis à une hospitalisation psychiatrique et à une interdiction, pendant une durée de vingt ans, d'entrer en relation avec les parties civiles et de détenir ou porter une arme. Dans cet arrêt, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 7 de la Convention, estimant les mesures en question comme étant d'ordre préventif et curatif et dénuées de tout caractère répressif – ne constituant donc pas des peines⁸³. Ce raisonnement n'est pas surprenant, puisque ces mesures concernent justement des personnes jugées irresponsables en raison du trouble mental dont elles souffrent et qui ne sont donc pas accessibles aux peines.

- 50 Or il en va différemment de l'internement de sûreté et le fait que la Cour tienne le même raisonnement pour cette mesure, sous prétexte d'un prétendu trouble mental, est plus inquiétant. La Cour de Strasbourg est-elle toujours celle qui défend les droits de l'homme ou, au contraire, se serait-elle habituée à des législations gravement attentatoires aux libertés fondamentales au service d'un impératif sécuritaire qu'elle contribue à promouvoir ?

*

Réseau européen de contentieux pénitentiaire, tierce intervention dans l'affaire *Ilseher c. Allemagne*

Observations de Mireille Delmas-Marty en soutien de la tierce intervention du Réseau européen de contentieux pénitentiaire

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. 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.
2. Pour une analyse détaillée, v. J. Frinçaboy (Herrmann), *Les mesures de sûreté – Étude comparative des droits pénaux français et allemand*, Univ. Strasbourg, dir. J. Leblois-Happe, 2015.
3. La Cour européenne s'est réunie en Grande Chambre le 29 novembre 2017.
4. X. Pin, « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », *art. préc.*, p. 531.
5. CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04 : *AJ pénal*, 2010, p. 129, note J. Leblois-Happe ; D., 2010, étude p. 737, note J. Pradel ; *ibid.*, 2010, AJ, p. 209, obs. M. Léna ; RSC, 2010, chron. p. 228 et 236, obs. D. Roets ; *RPDP*, 2010, chron. p. 459, obs. J.-P. Céré ; *JCP G*, 2010, p. 334, note M. Giacomelli ; *ibid.*, 2010, act. 63, obs. F. Sudre ; *ibid.*, 2010, chron. 70, n° 5, obs. F. Sudre ; *Dr. pén.*, 2010, étude 9, L. Grégoire ; *ibid.*, 2010, chron. 2, n° 57, obs. V. Peltier..

6. En effet, la privation de liberté ne présente, dans cette hypothèse, aucun lien causal direct avec la condamnation initiale (ce qui aurait permis sa conformité à l'alinéa *a* de l'article 5 § 1) ; la personne ne peut être considérée comme aliénée (ce qui aurait permis faire entrer sa détention dans l'hypothèse de l'alinéa *e* du même texte) ; et la prévention de la récidive ne concerne pas un danger concret et imminent (ce qui aurait assuré la conformité de la mesure à l'alinéa *c*).
7. CEDH, trois arrêts du 13 janv. 2011 : *Kallweit c. Allemagne*, n° 17792/07, § 60 s., *Mautes c. Allemagne*, n° 20008/07, § 47 s., et *Schummer c. Allemagne*, n° 27360/04 et 42225/07, § 59 s. ; CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04, *Dalloz actu.*, 28 avr. 2011, obs. O. Bachelet, § 46 s. ; CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08, *Dalloz actu.*, 9 déc. 2011, obs. Bachelet ; § 104 s.
8. V. CEDH, *Grosskopf c. Allemagne*, 21 oct. 2010, n° 24478/03, § 45 s. : *AJ pénal*, 2011, p. 45, obs. J.-P. Céré ; *D.*, 2011, p. 379, obs. O. Bachelet ; CEDH, *Mork c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 31047/04 et 43386/08, § 50 s.
9. CEDH, *Schmitz c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 30493/04, § 47 s.
10. CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04. Les juges de Strasbourg ont précisé que l'internement ne constituait ni une détention ordonnée « après condamnation par un tribunal compétent » (au sens de l'art. 5 § 1, a), ni une privation de liberté en vue de traduire la personne devant un juge « pour l'empêcher de commettre une infraction », les infractions redoutées n'étant pas suffisamment concrètes et précises (au sens de l'art. 5 § 1, c), ni la détention régulière « d'un aliéné » (au sens de l'art. 5 § 1, e) car le requérant n'avait pas fait l'objet d'un internement en hôpital psychiatrique alors que le droit allemand prévoit cette mesure à titre autonome (§ 63 StGB).
11. CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09, § 82 s. ; CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, § 73 s. ; CEDH, *S. c. Allemagne*, 28 juin 2012, n° 3300/10, § 84 s.
12. CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09, § 67 s.
13. V. p. ex. CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12, *JCP G* 2013, act. 1352, obs. K. Blay-Grabarczyk.
14. BVerfG, 5 février 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 : *NJW*, 2004, p. 911 s., note J. Kinzig ; *KritV*, 2004, p. 137, note T. Mushoff ; *RSC*, 2004, p. 689, comm. T. Weigend et D. Capitant.
15. BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326 : *StraFo*, 2011, p. 429, note J. Kinzig ; *ZIS*, 2011, 706, note A. Dessecker.
16. *Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, 5 déc. 2012.
17. § 66c, al. 1, n° 1, a) StGB.
18. § 66c, al. 1, n° 2 StGB.
19. § 66c, al. 1, n° 1, b) StGB.
20. Les motifs de la loi se réfèrent expressément à cette décision : v. BT-Drucks. 17/9874, p. 18, 19.
21. V. pour une application du nouveau dispositif : *KG*, 4 sept. 2013, 2 Ws 327, 333/13 ; 141 AR 303/13, *NStZ*, 2014, p. 273.
22. Art. 316 f, al. 2 *Übergangsvorschrift zum Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung* (droit transitoire). Pour le droit applicable aux jeunes délinquants : § 7, al. 2 JGG.
23. 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 constitutionnelle fédérale se prononçant sur l'internement thérapeutique : BVerfG, 11 juil. 2013, 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 ; BVerfGE 134, 33 ; § 2.

24. V. *infra*, point C/.
25. CEDH, *Bergmann c. Allemagne*, 7 janv. 2016, n° 23279/14. Pour un rappel des principes posés par l'arrêt, v. *infra*.
26. CEDH, *Bergmann c. Allemagne*, *préc.*, § 182.
27. C. Mandon, « L'affaire Bergmann c/ Allemagne ou comment la détention de sûreté allemande a su renaître de ses cendres », *Journal d'actualité des droits européens*, 2016, <http://revue-jade.eu/article/view/770/html>, consulté le 12 septembre 2017.
28. Sur cet arrêt, v. J. Frinchaboy (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.
29. Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme, mis à jour au 30 avril 2017.
30. CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, n° 5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72 : CDE 1978, p. 364, obs. Cohen-Jonathan ; AFDI, 1977, p. 481, obs. Pelloux. - CEDH, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, n° 15917/89 : Série A, n° 317-B ; AJDA, 1995, p. 719, chron. Flauss ; D., 1996, p. 197, obs. Renucci ; RSC, 1995, p. 855, obs. Pettiti ; *ibid.* 1996, p. 471, obs. Koering-Joulin ; *ibid.* p. 662, obs. Delmas Saint-Hilaire. - CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 févr. 1995, n° 17440/90, Série A n° 307-A, p. 13 ; AJDA, 1995, p. 719, chron. Flauss ; RSC, 1996, p. 470, obs. Koering-Joulin. Case Innseler èse Jenny
nce ect pdf.llemagne"EDH, 5e oncer de plus en plus fréquemment sur les mesures de sn peuvent
Case Innseler èse Jenny
nce ect pdf.llemagne"EDH, 5e oncer de plus en plus fréquemment sur les mesures de sn peuvent
31. CEDH, *Jamil c. France*, *préc.*, § 30 : « La Cour rappelle que la qualification de "peine" contenue dans l'article 7 par. 1 (art. 7-1) possède une portée autonome. Pour rendre efficace la protection offerte par cette disposition (art. 7-1), la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une "peine" au sens de cette clause (art. 7-1) (voir en dernier lieu l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni* du 9 février 1995, série A n° 307-A, p. 13, par. 27) ».
32. CEDH, *Escoubet c. Belgique*, 28 octobre 1999, n° 26780/95, § 38.
33. La Cour confirme qu'une mesure peut avoir un but préventif et être qualifiée de peine dans l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni*, *préc.*, § 30.
34. Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme, *préc.*
35. V. J. Frinchaboy (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.
36. CEDH, *M. c. Allemagne*, *préc.*, § 133.
37. CEDH, *Inseher c. Allemagne*, *supra*, §§ 81 et 83.
38. Notre propos sur la rétroactivité est fortement inspiré de l'ouvrage de D. Scalia, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 436 p. que nous tenons à remercier pour son autorisation et son aide précieuse dans la rédaction de cet article.
39. CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n° 6538/74, § 49.
40. CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, n° 19776/92, § 50 ; CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, *préc.*, § 49.
41. CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88, § 52.
42. CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, *préc.*, § 49.
43. V., parmi d'autres : CEDH, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, n° 18139/91, § 37.
44. CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, n° 5493/72, p. 291-293.
45. Commission EDH, *G. c. Liechtenstein*, 30 oct. 1984, n° 10980/84.
46. CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, 12 févr. 2008, n° 21906/04, § 150.
47. F. Sudre, « Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.P.D.P.*, n° 1, avril 2001, p. 349.

48. CEDH, *Sunday Times c. Royaume-uni*, préc., § 49.
49. CEDH, *K.-H.W. c. Allemagne*, 22 mars 2001, n° 37201/97, § 73.
50. CEDH, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 28 mars 1990, n° 10890/84, § 68.
51. CEDH, *Pessino c. France*, 10 oct. 2006, n° 40403/02, § 36. A contrario, dans cette affaire, la Cour a estimé que même un professionnel, qui pouvait s'entourer de conseils éclairés, était dans l'impossibilité dans le cas d'espèce, de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation.
52. CEDH, *Cantoni c. France*, 15 nov. 1996, n° 17862/91, § 35.
53. CEDH, *X. c. RFA* (irrecevable), 13 mai 1976, n° 1169/61.
54. CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, préc., § 52.
55. CEDH, *Pessino c. France*, préc., § 34-36.
56. V. J. Frinhaboy (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.
57. CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73, § 37 ; CEDH, *Johnson c. Royaume-Uni*, Rec. 1997-VII, p. 2409, 24 oct. 1997, § 60 ; CEDH, *Varbanov c. Bulgarie*, 5 oct. 2000, n° 31365/96, § 45 ; CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, 20 févr. 2003, n° 50272/99, § 48.
58. 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.
59. 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. Höffler, 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.
60. CEDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 8225/78, § 44 ; CEDH, *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, n° 25357/94, § 46 ; CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, 20 févr. 2003, n° 50272/99, § 49 ; CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 48865/99, § 65 ; CEDH, *Brand c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 49902/99, § 62 ; CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04, § 78 ; CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09, § 69 ; CEDH, *S. c. Allemagne*, 28 juin 2012, n° 3300/10, § 96 s. ; CEDH, *Glien c. Allemagne*, préc., § 75.
61. CEDH, *Glien c. Allemagne*, préc.
62. V. aussi J. Frinhaboy (Herrmann), *Les mesures de sûreté – Étude comparative des droits pénaux français et allemand*, Univ. Strasbourg, dir. J. Leblois-Happe, 2015, n° 103.
63. 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.
64. 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.
65. BGH, 4 mai 2011, Az. 5 StR 52/11 ; BGH, 21 juin 2011, 5 StR 52/11.
66. CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73, § 37 s.
67. CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, § 98.
68. Com. EDH, *X c. Allemagne*, 12 juil. 1976, n° 7493/76.
69. CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, préc., § 54.
70. *Ibid.*, § 48.
71. CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 48865/99, § 61 s., concernant la mesure néerlandaise de « mise à disposition dans un établissement ».
72. Voir, entre autres, CEDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46285/99, 28 mai 2002 ; CEDH, *Amuur c. France*, préc., § 50.

73. CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, n° 7906/77, § 38.
74. V., parmi beaucoup d'autres, CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73, § 39 et 45, et CEDH, *Amuur c. France*, préc., § 50.
75. CEDH, *Bozano c. France*, 18 déc. 1986, n° 9990/82, § 54 et CEDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, n° 9787/82, § 42.
76. CEDH, *Bozano c. France*, 18 déc. 1986, n° 9990/82, § 53 : RGDI, 1987, p. 548, obs. Sudre.
77. CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, préc., § 88.
78. CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, préc., § 35 et 39, et CEDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, préc., § 42.
79. D. Scalia et L. Descamps, « Chronique de droit pénal et pénitentiaire », *J.E.D.H.*, 2017/4, p. 385.
80. CEDH, *Del Rio Prada c. Espagne*, 10 juil. 2012, n° 42750/09, § 74.
81. *Ibidem*.
82. CEDH, *Berland c. France*, 3 sept. 2015, n° 42875/10 : *JurisData* n° 2015-019339 ; JCP G, 2015, act. 974, note G. Gonzalez ; *ibid.*, 2016, doctr. 65, note F. Sudre ; *Dr. pén.*, 2015, comm. 134, V. Peltier.
83. V. plus en détails, J. Frinchaboy (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.

RÉSUMÉS

L'internement de sûreté en Allemagne est au cœur de ce qui pourrait constituer une véritable négation des droits et libertés fondamentaux. Alors qu'elle avait été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *M. c. Allemagne*, la mesure allemande semble renaître de ses cendres à la suite d'un revirement de jurisprudence malheureux dans les arrêts *Bergmann* et *Ilmseher c. Allemagne*. L'affaire *Ilmseher* a été renvoyée en Grande Chambre, nous permettant d'espérer une condamnation ferme de son régime actuel qui viole tant l'article 5 que l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

AUTEURS

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 (IRJS)