

Nature et application dans le temps des mesures créées par la loi du 25 février 2008 à l'égard des criminels atteints d'un trouble mental

Jean Pradel, Agrégé des Facultés de droit

**

La nature des sanctions pénales *lato sensu* au regard de leur application dans le temps ne cesse de susciter débats et jurisprudence, compte tenu surtout de la multiplication de ces mesures ces dernières années et des subtilités du principe de non-rétroactivité de la loi pénale (V. par ex. F. Desportes et F. Le Gunéhec, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, n° 331 s. ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 7^e éd., Dalloz, 2009, n° 10). Une nouvelle application de cette délicate question résulte de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 sur la rétention de sûreté et la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (art. 706-140 c. pr. pén.). Plus précisément, l'article 706-135 permet à la chambre de l'instruction et à la juridiction de jugement de prononcer une mesure d'hospitalisation d'office. Et l'article 706-136 permet à ces mêmes juridictions d'appliquer, à certaines conditions, des interdictions (d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines personnes, de paraître en certains lieux, de détenir ou de porter une arme, d'exercer certaines activités professionnelles) ou des incapacités (suspension et annulation du permis de conduire). Ces mesures prévues à ces deux articles ne peuvent être prononcées que si les juges font une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

L'arrêt rendu par la chambre criminelle le 16 décembre 2009 et ci-dessus rapporté est une nouvelle illustration de cette question à propos d'un individu qui, par arme à feu, avait commis un assassinat et une tentative d'assassinat. Atteint de troubles mentaux graves, l'intéressé avait bénéficié d'une particulière mansuétude de la chambre de l'instruction : celle-ci avait considéré que la procédure créée par la loi du 25 février 2008 était en l'espèce inapplicable et que les mesures prévues aux articles 706-135 et 706-136 ne pouvaient être prononcées, s'agissant de peines qui ne pouvaient s'appliquer à des faits commis antérieurement à la loi du 25 février 2008 ; en conséquence, elle décide la remise en liberté de l'intéressé (Colmar, 25 juin 2009).

La chambre criminelle dans sa décision du 16 décembre 2009 casse cette décision. Pour elle, les mesures édictées aux articles 706-135 et 706-136 sont des mesures de sûreté de sorte que l'article 112-1, alinéa 2, du code pénal (« *peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables* » à la date des faits) ne doit pas recevoir application. C'est reconnaître à la fois la qualification de mesure de sûreté de ces mesures et leur applicabilité à des faits antérieurs à la loi nouvelle. Que faut-il en penser ?

I - Les mesures prévues par les articles 706-135 et 706-136 du code de procédure pénale sont-elles des mesures de sûreté ?

Une réponse à cette question particulière suppose que l'on ait d'abord défini ce que sont de façon générale les mesures de sûreté ?

A - L'expression « mesures de sûreté » est ancienne en doctrine alors que le droit positif ne l'utilise que depuis quelques années. Mais, comme on va le voir, le sens reste toujours le même.

1 - Pour les auteurs, les mesures de sûreté sont dépourvues de toute coloration morale et sont destinées uniquement à lutter contre l'état dangereux de l'individu. Naguère, le président M. Patin avait clairement campé la mesure de sûreté face à la peine : « *Tandis que l'objet de la peine, disait-il, est d'appliquer au délinquant un châtement proportionné à la fois à la faute qu'il a commise et au degré d'indulgence dont il peut être digne, la mesure de sûreté vise seulement, en dehors de toute question de responsabilité personnelle, à garantir la société contre le délinquant, soit en l'éliminant s'il n'est pas amendable, soit en l'amendant par des mesures appropriées si la chose paraît possible* » (M. Patin, La place des mesures de sûreté dans le droit positif moderne, RSC 1948, 415). Tous les auteurs sont d'accord sur cette définition de la mesure de sûreté qui, on l'aura noté, ne peut être cernée qu'en confrontation avec la peine. On ajoutera que, chez les auteurs, la mesure de sûreté est de durée indéterminée et ne saurait être prononcée sans examen mental psychologique préalable.

Certes, dans la pratique, la différence n'est pas aussi nette. Psychologiquement, les délinquants ne font guère la différence. A leurs yeux, comme les mesures de sûreté, les peines ont une fonction de prévention et de réhabilitation. (art. 131-3 s. c. pén. parlant du reste des « peines correctionnelles »), alors que, de leur côté, les mesures de sûreté sont ressenties comme des peines ainsi que le montre bien l'exemple de la suspension du permis de conduire. C'est ainsi qu'il a été dit, lors des travaux préparatoires du code pénal que, « *désormais, toutes les sanctions pénales seront sans distinction des peines ; elles sont d'ailleurs ressenties comme telles par le condamné* » (JO Sénat, Doc. parl. 1985-1986, n° 300, p. 7). Certains auteurs sont même allés jusqu'à prôner une « *intégration de la peine et de la mesure de sûreté dans un régime unitaire de sanctions pénales fondé sur des critères à la fois physiques, sociaux et moraux* » (M. Ancel, *La défense nouvelle*, 3^e éd., Cujas, 1981, p. 232). On notera enfin que l'article 132-24 du code pénal énonce que « *la nature, le quantum, et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ». Dans ce texte à l'allure philosophique, l'interprète trouvera la consécration de la peine et de la mesure de sûreté tout à la fois, et à l'occasion d'une même sanction, notre droit pénal consacrant une sorte de *Janus bifrons*.

Ces remarques ne sauraient cependant effacer la distinction entre les peines et les mesures de sûreté : la peine est la sanction d'une faute morale et elle est donc, au moins en partie, rétributive, alors que la mesure de sûreté est une simple mesure de prévention sociale. Faut-il rappeler que la plupart des codes pénaux distinguent clairement les deux concepts en énumérant dans des développements distincts les diverses peines et les diverses mesures de sûreté (J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008, n° 462). C'est déjà évoquer notre droit positif.

2 - Longtemps le législateur n'a pas utilisé l'expression « mesures de sûreté », préférant parler de peine. La relégation créée par la loi du 27 mai 1885 (aujourd'hui abrogée) n'était qualifiée ni de peine ni de mesure de sûreté, alors qu'elle était évidemment une telle mesure puisqu'elle tendait à éliminer les grands récidivistes par leur internement ; la procédure de son côté parlait de la peine de la relégation (Crim. 13 déc. 1934, DH 1935. 40). Beaucoup de sanctions étaient appelées peines accessoires ou complémentaires par le législateur alors qu'il s'agissait en réalité de véritables mesures de sûreté (B. Bouloc, *Droit pénal général*, 21^e éd., Dalloz, 2009, n° 804 s. ; J. Pradel, *Droit pénal général*, 17^e éd., Cujas, 2009, n° 848). Et le législateur considérait les mesures de sûreté comme « *l'enfant naturel dont on tolérait l'existence, mais que l'on ne voulait pas reconnaître* » (R. Schmelck, La distinction entre la peine et la mesure de sûreté, *Mélanges Patin*, 1965, Cujas, p. 18, s. spéc. p. 184). La première illustration de l'expression « mesure de sûreté » est

probablement due à une loi du 17 juillet 1970 sur le contrôle judiciaire et la détention provisoire (art. 137 s. c. pr. pén.).

Mais, aujourd'hui, l'expression est sortie du purgatoire et le législateur l'utilise volontiers et presque comme en rafale. C'est ainsi qu'une loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 a institué « le placement sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté » si « cette mesure apparaît indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de liberté prend fin » (art. 131-36-9 s. c. pén. ; art. 763-10 s. c. pr. pén.). La même loi permet au juge de l'application des peines de placer à certaines conditions une personne condamnée à une peine privative de liberté sous surveillance judiciaire, cette technique étant ordonnée « à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré » (art. 723-29 c. pr. pén.). La mesure de sûreté est donc clairement définie comme un moyen d'enrayer la récidive d'une personne dangereuse. Doit-on ajouter que l'application de ces mesures suppose un examen médical (art. 463-10 c. pr. pén. pour le placement sous surveillance électronique ; art. 723-31 c. pr. pén. pour la surveillance judiciaire) et que ces mesures sont toujours modifiables en cours d'exécution (art. 763-11 c. pr. pén. pour le placement sous surveillance électronique ; art. 723-34 c. pr. pén. pour la surveillance judiciaire) ? On pourrait aussi citer la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 qui a créé la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté à l'usage des criminels dangereux (art. 706-53-13 s. c. pr. pén.). Il y a donc bien une montée des mesures de sûreté (H. Matsopoulou, Le renouveau des mesures de sûreté, D. 2007. Chron. 1607 ) .

B - C'est dans ce contexte qu'apparut la loi du 25 février 2008 créant l'hospitalisation d'office (art. 706-135 c. pr. pén.) et les mesures énumérées à l'article 706-136. Mais soyons plus précis en évoquant le débat textuel et la jurisprudence.

1 - Nous sommes donc en présence de deux articles : le premier accorde au juge pénal (chambre de l'instruction et juridiction de jugement) le pouvoir de prononcer l'hospitalisation d'office d'un délinquant atteint de troubles mentaux qui « nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public ». Si l'expression « mesure de sûreté » n'apparaît certes pas, l'intention du législateur est bien d'assurer la sûreté des personnes ; et l'allusion aux soins traduit manifestement le souci d'un avenir sans récidive. Quant à l'article 706-136, il énumère des mesures qu'il qualifie expressément de « mesures de sûreté ». Cette qualification était déjà admise dans le rapport de la commission sénatoriale des lois (rapp. J.-R. Lecerf, n° 174, 2007-2008, p. 58 et 96). Devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, M^{me} Rachida Dati, garde des Sceaux, avait parlé de « mesures de sûreté » applicables dès l'hospitalisation et elle ajoutait que « ces mesures - par exemple l'interdiction de se rendre dans certains lieux, de rencontrer des victimes, ou encore de détenir une arme - seront très utiles au moment de la sortie ou lors des permissions de sortir » (rapp. G. Fenech, n° 497, déc. 2007, p. 50). Et ce rapport indique à plusieurs reprises que les mesures des articles 706-135 et 706-136 sont bien des mesures de sûreté (rapp. G. Fenech, préc., p. 109 à 113). Là encore, les mesures de l'article 706-136 sont manifestement préventives, à la manière des modalités identiques prévues par l'article 138 du code de procédure pénale au titre du contrôle judiciaire, lesquelles ne peuvent évidemment être des peines puisqu'elles s'adressent à des mis en examen, présumés innocents par principe.

Faut-il ajouter que le régime des mesures prévues aux articles 706-135 et 706-136 est celui des mesures de sûreté. Les mesures créées par la loi du 25 février 2008 ont un caractère provisoire (art. 706-137 c. pr. pén.), conformément à ce qui avait été recommandé au cours des débats parlementaires (rapp. G. Fenech préc., p. 112). En outre, elles ne peuvent être prononcées qu'à l'issue d'une expertise psychiatrique (art. 706-135 et 706-136, al. 8).

On ne s'étonnera donc pas que la doctrine, dans sa majorité, n'ait pas hésité à voir dans les mesures nouvelles des mesures de sûreté (P. Conte, Aux fous ?, Dr. pén., avr. 2008. Repère n° 4 ; J. Pradel, Une double révolution en droit pénal avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux, D. 2008. Chron. 1000  ; A. Giudicelli, Procédure de déclaration d'imputabilité pénale : le refus problématique d'une application immédiate, RSC 2009. 136 ). Deux auteurs résistent cependant au courant majoritaire. M^{me} Matsopoulou considère que « ces mesures s'apparentent plus à des peines qu'à des mesures de sûreté. Elles présentent un caractère punitif accentué » (in Le développement des mesures de sûreté justifié par la dangerosité et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux, Dr. pén., avr. 2008. 17). A l'appui de sa position, elle invoque le fait que les mesures de l'article 706-136 sont considérées comme des peines au regard du sursis avec mise à l'épreuve. On peut répondre que les modalités de ce sursis (énumérées à l'art. 132-45 c. pén.) sont en fait très proches des mesures de sûreté (et des modalités du contrôle judiciaire) : elles ont la même finalité à savoir « contraindre le condamné soit à stabiliser sa vie, soit à fuir les habitudes ou les occasions qui ont favorisé sa délinquance » (R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 1, 7^e éd., Cujas, 1997, n° 864) ; elles sont soumises au même régime que les mesures de sûreté en ce qu'elles sont modifiables en cours d'épreuve (art. 739 c. pr. pén.). M. X. Pin voit lui aussi dans les modalités de l'article 706-136 des peines, s'agissant, dit-il, d'interdictions qui, s'adressant à la volonté du condamné, postulent donc son libre arbitre et participent aussi de la logique des peines (obs. in RPDP 2009. 148, ss. Crim. 21 janv. 2009). A cela, on peut répondre que, si l'irresponsabilité doit être constatée lors des faits, elle ne va pas forcément perdurer (pensons aux soins) ; de plus, même si, à défaut d'amélioration de la santé mentale du condamné, on peut imaginer que la déclaration d'irresponsabilité pénale n'exclue pas quelques parcelles de lucidité.

On admettra donc que les mesures prévues aux articles 706-135 et 706-136 sont des mesures de sûreté. Même si l'hésitation est parfois permise, elle ne l'est pas ici. Ces mesures s'appliquent à des personnes déclarées pénalement irresponsables, pour cause de trouble mental, elles ne peuvent donc être des peines qui supposent le libre arbitre. Et pourtant...

2 - Un arrêt remarqué du 21 janvier 2009 avait décidé que ces mesures sont des peines (Crim. 21 janv. 2009, D. 2009. AJ 374, Jur. 1111. note H. Matsopoulou, et Pan. 2825, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, et S. Mirabail  ; AJ pénal 2009. 178, note J. Lasserre Capdeville  ; RSC 2009. 69, obs. P.-J. Delage , et 136, obs. A. Giudicelli  ; JCP 2009. II. 10043, note S. Detraz ; RPDP 2009, 140, note critique J.-Y. Chevallier, et 147 à 149, note approbative X. Pin, préc.).

On pourra voir dans l'arrêt du 16 décembre 2009 un revirement à moins d'une année ! Il est vrai que les revirements de la chambre criminelle ne sont point une hypothèse d'école. Il est permis de noter cependant que, d'une décision à l'autre, la composition de la chambre criminelle n'était pas la même : 7 conseillers en janvier contre 26 en décembre, s'agissant de la formation plénière de ladite chambre.

Le Conseil constitutionnel n'a pas été amené à prendre partie sur la nature des mesures inscrites aux articles 706-135 et 706-136. Il a certes décidé - mais c'est une autre question - que la rétention de sûreté est une mesure de sûreté, même s'il s'est refusé à l'appliquer rétroactivement en dépit de l'article 13 de la loi qui le prévoyait (Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, Y. Mayaud, La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel, D. 2008. Chron. 1359  ; D. 2008. Pan. 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay , et 2009. 123, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, et S. Mirabail  ; AJDA 2008. 714, obs. P. Jan  ; RSC 2008. 731, obs. C. Lazerges  ; B. Mathieu, Fondement de la non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté, aperçu rapide, JCP. 2008. 166, et 2008. II. 10077, obs. J.-P. Feldman). On touche ici à l'intérêt de la qualification des mesures prévues aux deux articles précités, celui de leur application rétroactive ou non.

II - Les mesures prévues par les articles 706-135 et 706-136 du code de procédure pénale s'appliquent-elles rétroactivement ?

On rappellera avant tout l'existence de deux articles. D'une part, on doit citer celui qui veut que la loi nouvelle de procédure s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur : en effet, selon l'article 112-2, 2°, du code pénal « sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur... les lois fixant les

modalités des poursuites et les formes de la procédure ». A propos d'un arrêt de la chambre criminelle du 21 février 2009, un auteur a soutenu qu'aurait pu être admise l'application immédiate de la nouvelle procédure sur les malades mentaux, créée par la loi du 25 février 2008, tout en refusant l'application rétroactive des nouvelles mesures de sûreté (F. Rousseau, A propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 21 février 2009, Dr. pénal, mai 2009. Etude n° 9). Seconde certitude, si l'on qualifie les mesures créées en 2008 de peines, alors évidemment, toute application rétroactive est exclue, s'agissant de sanctions qui n'existaient pas avant la loi du 25 février 2008 : c'est l'application pure et simple de l'article 112-1, alinéa 2, du code pénal selon lequel « *peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la date de commission des faits* ».

La question dès lors se concentre sur le point suivant : est-ce que, du fait de la qualification de mesure de sûreté de ces mesures nouvelles, une application rétroactive s'impose ? On enseigne volontiers que les lois nouvelles sur les mesures de sûreté s'appliquent rétroactivement, contrairement aux lois sur les peines. Ce n'est pas toujours vrai. Il faudra donc rappeler l'état de la jurisprudence avant de pouvoir décider du bien-fondé de la solution apportée en l'espèce par l'arrêt du 16 décembre 2009.

A - La jurisprudence est abondante et pas uniforme. On se contentera ici de donner quelques illustrations (pour une analyse plus complète, V. F. Desportes et F. Le Gunehec, préc., n° 331 s.). Il est malaisé de trouver un fil directeur. On peut cependant - mais de manière peu scientifique - classer les arrêts en fonction de l'importance de l'atteinte causée par la mesure à la personne concernée et de sa portée au regard de l'intérêt général. Les uns admettent volontiers que s'applique la rétroactivité et les autres ne l'admettent pas. Une sorte de complémentarité apparaît entre ces deux notions.

1 - Si l'atteinte n'est pas trop grave et si l'intérêt général est en cause, la jurisprudence admet volontiers la rétroactivité. On en donnera plusieurs exemples. Le premier concerne les interdictions, déchéances et incapacités résultant de plein droit d'une condamnation pénale. L'analyse juridique y voit des « *peines accessoires* », donc des peines. Mais la chambre criminelle y voit, quant à elle, des mesures de sûreté et donc des mesures qui peuvent s'appliquer immédiatement, par conséquent à des individus déjà condamnés irrévocablement avant l'entrée en vigueur des lois créant ces interdictions, déchéances et incapacités. Il en a été jugé ainsi pour les sanctions accessoires prévues par le décret-loi du 8 août 1935 (Crim. 25 juin 1940, Bull. crim. n° 35), par la loi du 30 août 1947 (Crim. 30 oct. 1956, Bull. crim. n° 59) et par celle du 2 janvier 1970 sur les activités immobilières (Crim. 26 nov. 1997, D. 1998. Jur. 495, note D. Rebut [📄](#) ; RDI 1998. 310, obs. G. Roujou de Boubée [📄](#) ; RSC 1998. 539, obs. B. Bouloc [📄](#)). Il est vrai que cette jurisprudence est relativement ancienne. Mais elle révèle bien l'orientation de notre droit : l'atteinte aux droits de la personne, certes réelle, n'est pas fondamentale alors que la nécessité « *d'assainir* » certains milieux professionnels est impérative. Le second exemple concerne les inscriptions à certains fichiers automatisés. L'inscription au fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS), créé par une loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (art. 706-53-1 à 706-53-12 c. pr. pén.) peut concerner même des personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de cette loi (Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, D. 2004. Somm. 2756, obs. B. de Lamy, et 2005. Pan. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino [📄](#) ; RSC 2004. 725, obs. C. Lazerges [📄](#), et 2005. 122, obs. V. Bück [📄](#) ; RTD civ. 2005. 553, obs. R. Encinas de Munagorri [📄](#)). Les neuf Sages décident en effet que l'inscription n'est pas « *une sanction, mais une mesure de sûreté* » (J. Schoettl, Sur la constitutionnalité du FIJAIS, LPA 26 juill. 2004.). Et la chambre criminelle, dans le sillage de la juridiction constitutionnelle, décide que l'inscription au FIJAIS n'est pas « *une peine* », mais « *une mesure ayant pour seul objet de prévenir le renouvellement des infractions sexuelles et de faciliter l'identification de leurs auteurs* » (Crim. 31 oct. 2006, Bull. crim. n° 267 ; D. 2006. IR 2945 [📄](#) ; Dr. pénal 2007. Comm. 15, obs. M. Véron ; 30 janv. 2008, AJ pénal 2008. 242, obs. M. Herzog-Evans [📄](#)). La chambre criminelle adopte la même solution pour le délit de refus de prélèvement génétique : cet acte étant lié à la constitution d'un fichier des empreintes, ledit prélèvement était possible pour une infraction commise à une époque où cette mesure de police n'existait pas (Crim. 22 juin 2004, Bull. crim. n° 164 ; D. 2005. Pan. 536, obs. H. Gaumont-Prat, et 1521, obs. G. Roujou de Boubée [📄](#) ; 28 sept. 2005, Bull. crim. n° 245 ; D. 2006. Pan. 1200, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat [📄](#) ; AJ pénal 2005. 457, obs. C. Saas [📄](#)). Dans ces diverses situations, on admettra que l'atteinte à la personne est très réduite alors que l'intérêt général à établir des listes de criminels dangereux est certain.

Enfin, la surveillance de sûreté, créée par la loi du 25 février 2008 à l'usage de certains criminels dangereux une fois leur peine purgée (art. 706-53-13 s. c. pr. pén.) n'est pas, pour le Conseil constitutionnel, une peine ou une sanction. Elle peut, par conséquent, s'appliquer aux personnes condamnées pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 2008 (Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, préc.). La solution est la même pour la surveillance judiciaire des personnes dangereuses condamnées pour crimes ou délits passibles d'un suivi socio-judiciaire, cette surveillance pouvant se combiner avec un placement sous surveillance électronique mobile (L. 8 déc. 2005, art. 723-29 s. c. pén. et 131-36-9, e, s. c. pén.) : selon le Conseil constitutionnel, la mesure repose « *non sur la culpabilité du condamné mais sur sa dangerosité* ». Son « *seul but* » étant de « *prévenir la récidive* » (Cons. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, D. 2006. Jur. 966, note F. Rouvillois, Pan. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino [📄](#) ; RSC 2006. 124, obs. V. Bück [📄](#) ; AJDA 2006. 457, obs. F. Rouvillois [📄](#) ; J.-E. Schoettl, La loi sur le traitement de la récidive des infractions pénales devant le Conseil constitutionnel, Gaz. Pal. 18-20 déc. 2005. 13). La chambre criminelle ne pouvait qu'emboîter le pas à cette décision (Crim. 21 janv. 2009, RPD 2009. 149 à 152, obs. X. Pin) : La haute juridiction se fonde sur l'article 723-29 du code de procédure pénale définissant la surveillance judiciaire comme une mesure de sûreté et sur l'article 42 de la loi du 12 décembre 2005, décidant l'application immédiate de la surveillance judiciaire aux condamnés dont le risque de récidive est constaté après la date d'entrée en vigueur de ladite loi.

2 - D'un autre côté, si la gravité de l'atteinte est plus importante que le bénéfice escompté pour la sécurité, la jurisprudence refuse la règle de l'application immédiate aux faits antérieurs à la loi nouvelle. La mesure de sûreté est alors traitée comme une peine et elle ne rétroagit que si elle est plus douce que le droit précédent. Naguère, la jurisprudence en a décidé ainsi pour la fermeture d'établissement (Crim. 29 janv. 1963, JCP 1963. II. 13215, note J.-P. Le Gall ; RSC 1964. 131, obs. A. Légal) et pour la suspension du permis de conduire (Cass., ass. plén., 22 nov. 2002, GADPG 2005, 5^e éd., p. 639, obs. J. Pradel et A. Varinard ; *ibid.* 2007, 6^e éd., p. 637, obs. J. Pradel ; RSC 2003. 325, obs. B. Bouloc [📄](#) ; Rev. sociétés 2003. 359, obs. B. Bouloc [📄](#) ; JCP 2003. II. 10042, note W. Jeandidier ; Dr. pénal 2003, n° 37).

Plus récemment, c'est la jurisprudence constitutionnelle qui va dans le même sens, à propos de la rétention de sûreté (Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, B. Mathieu, préc.). Le Conseil reconnaît certes que la rétention de sûreté est une mesure de sûreté puisqu'elle a pour but « *d'empêcher et de prévenir la récidive des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité* » et, dès lors, le grief tiré d'une violation de l'article 8 de la Déclaration de 1789 sur la non-rétroactivité des peines est inopérant. Mais il se refuse à l'appliquer « *à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation, certes postérieure à cette date, mais pour des faits commis antérieurement* ». Il considère en effet que la gravité de l'atteinte à la liberté individuelle résultant de la rétention de sûreté interdit son application rétroactive en invoquant plus précisément « *sa nature privative de liberté, la durée de cette privation, son caractère renouvelable sans limites et, le fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction* ». Apparaît ainsi une distinction entre les mesures de sûreté simplement restrictives de liberté et celles qui s'en prennent à la liberté même du condamné (Y. Mayaud, La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel, préc.). La logique de la mesure de sûreté, dans sa pureté, eut sans doute postulé une application rétroactive. Mais dans l'application, la rigueur extrême de la rétention de sûreté a fait fléchir les juges constitutionnels. Et pourtant, ceux-ci admettent bien l'application immédiate de la surveillance de sûreté, comme il a été dit, alors que la méconnaissance de celle-ci peut entraîner l'application de la rétention de sûreté ainsi que l'indique expressément l'article 723-37 du code de procédure pénale (C.

Lazerges, La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel, RSC 2008. 731 .

Il n'en reste pas moins que le double critère adopté par les juges n'est qu'approximatif, d'autant plus que les décisions s'étaient sur une durée d'un demi-siècle et qu'elles traitent de questions très diverses.

B - La chambre criminelle, dans son arrêt du 16 décembre 2009, après avoir à juste titre reconnu le caractère de mesure de sûreté aux mesures prévues aux articles 706-135 et 706-136 devait-elle, pour autant, en proclamer l'application rétroactive, au vu de la jurisprudence qui vient d'être évoquée ?

Sur la base du double critère ci-dessus exprimé, on peut répondre par l'affirmative. D'abord, la mesure d'hospitalisation d'office de l'article 706-135 doit s'appliquer immédiatement. Il y va de la sécurité des citoyens et de l'ordre public comme de la santé de l'intéressé qu'il importe de soigner. Ainsi, l'intérêt général et celui de la personne concernée se conjuguent. Quant aux six interdictions énumérées à l'article 706-136, la même réponse s'impose : elles permettent d'éviter la commission de nouvelles infractions par le condamné et tendent donc à assurer l'ordre public, d'une part, et, d'autre part, elles sont relativement légères, alors que, comme on le sait, la gravité d'une mesure peut expliquer sa non-rétroactivité. En somme, l'arrêt du 16 décembre 2009 paraît doublement bien fondé, à la fois en ce qui concerne la qualification même des mesures déclinées aux articles 706-135 et 706-136, et en ce qui concerne leur application immédiate à des faits commis antérieurement à la mise en vigueur de la loi du 25 février 2008.

Une question reste cependant posée pour le futur. Cette application rétroactive de bien des mesures de sûreté - que nous approuvons - va-t-elle résister à la pression des juges de Strasbourg ? On rappellera que l'article 7, § 1, de la Convention EDH décide que « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission, qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction... De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ». Or, la notion de « peine » a, en droit européen, un sens autonome, tout comme la « matière pénale » de l'article 6 de la Convention EDH. A propos d'une ordonnance de confiscation, les juges de la Cour européenne ont entendu « *aller au-delà des apparences et apprécier eux-mêmes si une mesure particulière s'analyse au fond en une « peine » au sens de l'article 7* » (CEDH 9 févr. 1995, *Welch c/ Royaume-Uni*), A. 307-A. § 27, RSC 1996. 470, obs. R. Koering-Joulin  ; V. aussi CEDH 17 sept. 2009, *Scoppola c/ Italie* (n° 2), § 96). De même, les juges ont considéré que la contrainte par corps est une peine au sens dudit article 7 (CEDH 8 juin 1995, *Jamil c/ France*, A. 317-B § 30, D. 1996. Somm. 197, obs. J.-F. Renucci  ; RSC 1995. 855, obs. L.-E. Pettiti  1996. 471, obs. R. Koering-Joulin , et 662, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire  ; JCP 1996. II. 2677, note Bourdeaux, et 1996. I. 3910, n° 29, chron. F. Sudre ; J. Pradel, G. Corstens et G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, 3^e éd., Dalloz, 2009, n° 328). De même encore, la détention de sûreté du droit allemand (art. 66 s. c. pén.) qui est très proche de notre rétention de sûreté, doit, selon les juges européens, « *être qualifiée de peine aux fins de l'article 7, § 1, de la Convention EDH* » (CEDH 17 déc. 2009, *M. c/ Allemagne*, § 133). L'intérêt de cette jurisprudence est que ces mesures font partie de la matière pénale et doivent donc être soumises à la règle de la non-rétroactivité (en ce sens, D. Roets, L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme, D. 2004. Chron. 1991 ). Dès lors, on peut se demander si ce qui a déjà été décidé pour la confiscation et la contrainte par corps, (aujourd'hui contrainte judiciaire) peut s'appliquer *mutatis mutandis* aux mesures des articles 706-135 et 706-136, et même au-delà aux diverses mesures de sûreté. Dans l'affirmative, notre droit alors perdrait une nouvelle fois encore un peu son essence.

Mots clés :

RESPONSABILITE PENALE * Aliéné * Irresponsabilité * Loi du 25 février 2008 * Mesure de sûreté * Application de la loi dans le temps

PEINE * Légalité des délits et des peines * Application de la loi dans le temps * Peine applicable * Application immédiate * Irresponsabilité pénale