



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

QUATRIÈME SECTION

AFFAIRE ETUTE c. LUXEMBOURG

(Requête n° 18233/16)

ARRÊT

STRASBOURG

30 janvier 2018

Cet arrêt deviendra définitif dans les conditions définies à l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.

En l'affaire Etute c. Luxembourg,

La Cour européenne des droits de l'homme (quatrième section), siégeant en une chambre composée de :

Ganna Yudkivska, *présidente*,

Vincent A. De Gaetano,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Egidijus Kūris,

Iulia Motoc,

Georges Ravarani,

Péter Paczolay, *juges*,

et de Marialena Tsirli, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 5 décembre 2017,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 18233/16) dirigée contre le Grand-Duché de Luxembourg et dont un ressortissant nigérian, M. Joseph Etute (« le requérant »), a saisi la Cour le 14 avril 2016 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le gouvernement luxembourgeois (« le Gouvernement ») a été représenté successivement par ses agentes, M^{me} A. Kayser puis M^{me} Christine Goy, de la Représentation permanente du Luxembourg auprès du Conseil de l'Europe.

3. Le requérant se plaignait de n'avoir pu exercer de recours contre une décision de révocation de la libération conditionnelle.

4. Le 26 mai 2016, le grief concernant l'article 5 § 4 de la Convention a été communiqué au Gouvernement et, conformément à l'article 54 § 3 du règlement de la Cour, la requête a été déclarée irrecevable quant aux griefs tirés des articles 5 § 2, 6 § 2, 13 et 17 de la Convention, ainsi que de l'article 4 du Protocole n° 7.

5. Le requérant a été représenté successivement par M^e P. Penning et M^e S. Pelzer, avocats à Luxembourg, qui ont toutefois renoncé à assurer sa défense le 27 octobre 2016 et le 7 mars 2017 respectivement. Eu égard aux circonstances, la présidente de la deuxième section – à laquelle l'affaire avait été attribuée initialement – a décidé, le 21 mars 2017, d'autoriser le requérant à présenter sa cause lui-même, en application de l'article 36 § 2 du règlement de la Cour, et de verser au dossier les observations écrites par le requérant lui-même.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Le requérant est né en 1970. Il est détenu au centre pénitentiaire de Luxembourg (« le CPL »), à Schrassig.

7. Le 30 novembre 2010, la Cour d'appel condamna le requérant à une peine d'emprisonnement de trente mois pour infraction à la loi sur les stupéfiants. La Cour ne dispose pas d'un exemplaire de cet arrêt.

8. Après avoir purgé une partie de la peine puis bénéficié d'une suspension de peine sous surveillance électronique, le requérant se vit accorder, le 22 février 2013, une libération conditionnelle avec effet au 4 mars 2013. Un accord fut conclu entre la déléguée du procureur général d'État et le requérant en ces termes :

« La libération conditionnelle selon l'article 100 du code pénal est accordée aux conditions suivantes :

- 1) se soumettre aux contrôles réguliers de son agent de probation
- 2) ne commettre aucune infraction
- 3) maintenir la transparence de sa situation financière
- 4) éviter le milieu toxicomane, le milieu des cafés et le milieu de la vie nocturne
- 5) signaler tout changement de sa situation à son agent de probation

jusqu'au 25 octobre 2015.

En cas de non-observation d'une de ces conditions, la libération conditionnelle sera révoquée et le restant de la peine sera exécuté. (...) »

9. Le 29 octobre 2015, le juge d'instruction délivra un mandat de dépôt à l'égard du requérant du chef d'infraction à la loi sur les stupéfiants. Le Gouvernement indique que le requérant a été placé en détention provisoire le même jour.

10. Le 4 novembre 2015, la déléguée du procureur général d'État révoqua la libération conditionnelle. Elle se prononça comme suit :

« Vu les renseignements reçus sur ETUTE Joseph, né le 25 juin 1970,

Attendu qu'il en résulte que ETUTE Joseph, libéré le 4 mars 2013, dans le cadre d'une libération conditionnelle, ne remplit plus les conditions à lui imposées, en l'espèce, il a fait l'objet d'un mandat de dépôt le 29 octobre 2015 pour infraction à la loi modifiée et complétée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie, commise depuis un temps non prescrit jusqu'au 25 octobre 2015.

Attendu que, dans ces circonstances, il échet de révoquer la libération conditionnelle accordée à ETUTE Joseph.

Par ces motifs

La soussignée décide que la libération conditionnelle accordée le 4 mars 2013 à ETUTE Joseph est révoquée,

que ETUTE Joseph doit donc purger le restant de la peine d'emprisonnement qu'il a encourue le 30 novembre 2010. »

11. Dans une lettre du 12 novembre 2015, le conseil du requérant demanda à la déléguée du procureur général d'État de lui transmettre une copie du dossier ayant fondé cette décision et de lui indiquer les voies de recours disponibles contre cette décision. Il envoya une lettre de relance le 26 janvier 2016.

12. Par un courriel du 28 janvier 2016, la déléguée du procureur général d'État répondit au conseil du requérant en ces termes :

« La libération conditionnelle accordée à votre client le 4 mars 2013 a été révoquée compte tenu du mandat de dépôt du 29 octobre 2015 pour infractions à la loi [sur les stupéfiants] pour des faits commis depuis le 4 mars 2013 ; en effet, M. Joseph ETUTE devait observer les conditions attachées à la libération conditionnelle et notamment celle de ne pas commettre d'infraction à partir du 4 mars 2013 jusqu'au 25 octobre 2015 (au moins). Lors de la fixation à la Cour d'appel de l'appel contre le rejet de la demande de mise en liberté, j'ai pu prendre connaissance des déclarations de M. Etute au juge d'instruction ; elles sont éloquentes en ce qu'il n'a certainement pas évité le milieu toxicomane (l'une des conditions de la libération conditionnelle accordée le 4 mars 2013).

Je vous prie de vous reporter à l'article 100 (10) du code pénal : à ce jour, la loi ne prévoit pas de possibilité de recours contre une décision de révocation d'une libération conditionnelle prononcée par le procureur général d'État. »

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Compétences et modalités en matière d'exécution des peines

13. Selon l'article 2 de la loi du 27 juillet 1997 « portant réorganisation de l'administration pénitentiaire », le procureur général d'État est chargé de l'exécution des peines.

14. L'article 1^{er} de la loi du 26 juillet 1986 « relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté » (« la loi de 1986 ») énumère les différentes modalités possibles d'exécution d'une peine privative de liberté :

« L'exécution d'une peine privative de liberté peut comporter l'une des modalités suivantes : exécution fractionnée, semi-liberté, congé pénal, suspension de la peine, libération anticipée. »

B. Suspension de peine et libération conditionnelle

1. Suspension de peine

15. L'article 10 de la loi de 1986 prévoit que, en vue de la libération conditionnelle ou de l'élargissement définitif, une « suspension de la peine » peut être accordée à des condamnés dont l'évolution durant les congés accordés précédemment a été jugée positive, sur la base d'un « plan de guidance » établi par l'agent de probation et approuvé par le procureur général d'État ou son délégué.

2. Libération conditionnelle

16. L'article 100 du code pénal énonce les conditions et modalités d'octroi d'une « libération conditionnelle », ainsi que les cas de révocation de celle-ci :

« 1) Les condamnés qui ont à subir une ou plusieurs peines privatives de liberté, qu'elles aient été encourues en vertu du présent code, du Code pénal militaire ou d'une loi spéciale, peuvent être mis en liberté conditionnellement, lorsqu'ils ont accompli trois mois de leur peine ou de la durée totale de leurs peines, si cette peine ou cette durée totale de peines est inférieure à six mois, et la moitié dans le cas contraire.

2) S'il y a récidive légale, la durée de l'incarcération déjà subie doit être de six mois si la peine est inférieure à neuf mois et correspondre aux deux tiers de la peine dans le cas contraire.

3) Les condamnés à perpétuité peuvent être mis en liberté conditionnellement lorsque la durée de l'incarcération déjà subie par eux dépasse quinze ans.

4) Les condamnés ayant à subir une ou plusieurs peines privatives de liberté peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle s'ils ont donné des preuves suffisantes de bonne conduite et présentent des gages sérieux de réadaptation sociale.

5) La libération est ordonnée par le procureur général d'État.

6) Le bénéfice de la libération conditionnelle peut être assorti de modalités et conditions particulières, qui se rapportent notamment à la réinsertion sociale du condamné, à la protection de la société ou de la victime et, le cas échéant, des intérêts de celle-ci, ainsi que de mesures d'assistance et de contrôle destinées à faciliter et à vérifier le reclassement du libéré.

7) Le temps d'épreuve ne peut être inférieur à la durée de la partie de la peine ou des peines non subie au moment de la libération s'il s'agit de peines correctionnelles; il peut la dépasser pour une période d'un an au plus.

8) Toutefois, lorsque la peine en cours d'exécution est une peine criminelle, la durée des mesures facultatives d'assistance et de contrôle est fixée pour une période qui ne peut être inférieure à cinq années, ni supérieure à dix années.

9) *Abrogé implicitement*

10) En cas d'inconduite ou d'inobservation des conditions attachées à la décision de mise en liberté conditionnelle, le procureur général d'État peut révoquer cette décision.

11) En cas de nécessité, le procureur d'État de la résidence du condamné libéré de même que celui du lieu où il peut être trouvé peuvent faire procéder à l'arrestation du condamné libéré, sauf à en référer, dans les deux jours, au procureur général d'État. Si la révocation est prononcée, son effet remonte au jour de l'arrestation. »

17. Le temps passé en libération conditionnelle n'est pas imputé sur la durée de la peine. En cela, la libération conditionnelle se distingue de la suspension de peine. (« *L'exécution des peines privatives de liberté et des alternatives à la détention* », *Journée d'étude sur la politique pénitentiaire au Luxembourg : Approche multidisciplinaire et état de la question*, Jérôme Wallendorf, premier avocat général, 9 mars 2010). En d'autres termes, le condamné qui a bénéficié d'une libération conditionnelle ultérieurement révoquée exécutera le restant de la peine, c'est-à-dire celle comptée à partir de la libération conditionnelle.

18. La loi ne prévoit aucun recours devant les juridictions judiciaires contre une décision de révocation de la libération conditionnelle et la Cour n'a connaissance d'aucune décision par laquelle une juridiction pénale se serait déclarée compétente pour examiner la légalité d'une telle décision de révocation. Les juridictions administratives, dans le cadre de leur compétence générale d'annulation des actes administratifs, ne reconnaissent pas à de telles décisions une nature administrative. Le tribunal administratif a notamment eu l'occasion de préciser ce qui suit (*Bulletin de jurisprudence administrative 2015*, Pasicrisie luxembourgeoise, p. 320) :

« Il y a lieu de distinguer entre les mesures d'administration concernant le traitement d'un détenu en milieu carcéral (telle une décision de placement dans un quartier de plus grande sécurité, notamment un placement en régime cellulaire strict), qui sont des décisions administratives prises dans le cadre de l'exécution du service pénitentiaire, d'une part, et les décisions susceptibles de modifier la nature ou les limites d'une peine prononcée par les juridictions judiciaires, auxquelles il convient de reconnaître une nature judiciaire et non pas administrative, d'autre part – TA 23-12-04 (18101). »

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 4 DE LA CONVENTION

19. Le requérant se plaint de n'avoir pu exercer aucun recours contre la décision du 4 novembre 2015 révoquant la libération conditionnelle qui lui avait été accordée le 4 mars 2013. Il invoque l'article 5 § 4 de la Convention, ainsi libellé :

« Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

A. Sur la recevabilité

20. Constatant que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte par ailleurs à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour le déclare recevable.

B. Sur le fond

21. Le requérant se plaint de ne disposer d'aucune procédure lui permettant de faire contrôler par un tribunal la légalité de sa détention consécutive à la révocation de la libération conditionnelle, qu'il estime illégale au motif qu'elle a été décidée unilatéralement.

22. Le Gouvernement expose que la libération conditionnelle est une simple modalité d'exécution d'une peine privative de liberté. Citant l'arrêt *Boulois c. Luxembourg* ([GC], n° 37575/04, CEDH 2012), il indique que, tout comme le congé pénal, la libération conditionnelle n'est pas un « droit » du détenu mais une « faveur » susceptible de lui être accordée. Selon le Gouvernement, le législateur avait clairement l'intention de créer un privilège n'impliquant pas de voie de recours. Le Gouvernement indique encore que la légalité de la détention du requérant au sens de l'article 5 § 4 de la Convention découle donc de l'arrêt du 30 novembre 2010 de la Cour d'appel qui continue à être exécuté (*De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 18 juin 1971, § 76, série A n° 12). Le Gouvernement conclut que la révocation de la libération conditionnelle est un cas de figure différent de celui envisagé par l'article 5 § 4 ; en effet, selon le Gouvernement, il existe, concernant le requérant, une « décision rendue à l'issue d'un procès », à laquelle « le contrôle exigé par l'article 5 § 4 se trouve incorporé », et « le motif justifiant la privation de liberté » n'a pas changé.

23. Avant toute chose, la Cour se doit de rappeler que le grief du requérant concerne la question de la légalité de la détention sous l'angle de

de l'article 5 § 4 de la Convention. Le Gouvernement ne peut donc utilement se référer à l'affaire *Boulois* (précitée), qui traitait d'une question de nature différente et ne concernait pas la question de la légalité de la détention. En effet, ce qui était en cause dans l'affaire *Boulois* était la garantie des droits au titre de l'article 6 § 1 de la Convention, dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, plus précisément à la suite du refus d'une demande de congé pénal.

24. La Cour rappelle que l'article 5 § 4 reconnaît aux personnes détenues le droit d'introduire un recours pour faire contrôler le respect des exigences de procédure et de fond nécessaires à la « légalité », au sens de la Convention, de leur privation de liberté. Le concept de « légalité » doit avoir le même sens au paragraphe 4 de l'article 5 qu'au paragraphe 1, de sorte qu'une personne détenue a le droit de faire contrôler la « légalité » de sa détention sous l'angle non seulement du droit interne, mais aussi de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et du but des restrictions qu'autorise l'article 5 § 1. L'article 5 § 4 ne garantit pas un droit à un contrôle juridictionnel d'une ampleur telle qu'il habiliterait le tribunal compétent à substituer sur l'ensemble des aspects de la cause, y compris des considérations de pure opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Il n'en veut pas moins un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables à la « légalité » de la détention d'un individu au regard du paragraphe 1. La « juridiction » chargée de ce contrôle ne doit pas posséder des attributions simplement consultatives, mais doit être dotée de la compétence de « statuer » sur la « légalité » de la détention et d'ordonner la libération en cas de détention illégale (*Stanev c. Bulgarie* [GC], n° 36760/06, § 168, CEDH 2012).

25. Selon la jurisprudence de la Cour, dans l'hypothèse d'une détention consécutive à une « condamnation par un tribunal compétent » au sens de l'article 5 § 1 a), le contrôle voulu par l'article 5 § 4 se trouve incorporé au jugement et cette disposition n'exige pas un contrôle séparé de la légalité de la détention (*De Wilde, Ooms et Versyp*, précité, § 76). Toutefois, lorsque de nouvelles questions relatives à la légalité de la détention surgissent après le jugement, l'article 5 § 4 s'applique de nouveau et exige un contrôle judiciaire de la légalité de la détention (voir *Ivan Todorov c. Bulgarie*, n° 71545/11, § 59, 19 janvier 2017, ainsi que les références qui y sont citées).

26. La Cour doit dès lors déterminer si des questions nouvelles de légalité, et dans l'affirmative lesquelles, pouvaient naître à propos de la réincarcération du requérant en 2015 et de sa détention ultérieure en exécution de sa peine, et si les recours s'ouvrant à lui cadraient avec l'article 5 § 4 (*Weeks c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, § 56, série A n° 114).

27. À cet effet, la Cour doit examiner le déroulement des faits – du stade initial de la condamnation jusqu'à la révocation de la libération

conditionnelle – et les répercussions que les différentes mesures ont eues sur la situation du requérant.

28. À la suite de sa condamnation par la Cour d'appel le 30 novembre 2010, le requérant a purgé une partie de sa peine.

29. Il a ensuite bénéficié d'une libération conditionnelle le 4 mars 2013. L'accord conclu à ce sujet entre la déléguée du procureur général d'État et le requérant énumérait différentes conditions à respecter, dont celles d'éviter le milieu toxicomane et de ne commettre aucune infraction. L'accord précisait que, en cas de non-respect des conditions, la libération conditionnelle serait révoquée et le restant de la peine serait exécuté (paragraphe 8 ci-dessus).

30. La décision de libération conditionnelle a constitué ainsi une interruption de l'exécution de la peine à laquelle le requérant a été condamné en 2010. En effet, la Cour rappelle que le temps passé en libération conditionnelle n'est pas imputé sur la durée de la peine (paragraphe 17 ci-dessus).

31. À la suite de sa libération, le requérant a fait l'objet, le 29 octobre 2015, d'un mandat de dépôt pour une nouvelle infraction à la loi sur les stupéfiants et a été placé en détention provisoire concernant ces faits.

32. Le 4 novembre 2015, la déléguée du procureur général d'État a révoqué la libération conditionnelle au motif que le requérant, dès lors qu'il avait fait l'objet du mandat de dépôt du 29 octobre 2015, ne remplissait plus les conditions qui lui avaient été imposées (paragraphe 10 ci-dessus) ; dans un courriel du 28 janvier 2016, elle a ajouté que le requérant n'avait pas respecté la condition selon laquelle il devait éviter le milieu toxicomane (paragraphe 12 ci-dessus).

33. La réincarcération du requérant à partir du 4 novembre 2015 pour qu'il purgeât le temps de la peine qui restait à exécuter au moment où il avait été libéré sous conditions dépendait d'une nouvelle décision, à savoir celle de la révocation de la libération conditionnelle. Or, cette décision résultait exclusivement du constat que le requérant n'avait plus respecté les conditions attachées à sa libération conditionnelle, notamment celles de ne pas commettre de nouvelle infraction et de ne plus fréquenter les milieux toxicomanes (paragraphe 10 et 12 ci-dessus). Dans ces circonstances, la Cour estime que la question relative au respect des conditions qui avaient été imposées au requérant dans le cadre de la libération conditionnelle était déterminante pour la légalité de sa détention à compter du 4 novembre 2015. Or, la Cour estime qu'il s'agit là d'une question nouvelle née à propos de la réincarcération suite à la révocation de la libération conditionnelle. Dès lors, l'ordre juridique interne devait fournir au requérant l'accès à un recours judiciaire répondant aux exigences de l'article 5 § 4 de la Convention pour la détermination de cette question.

34. La Cour observe que, selon l'article 100 du code pénal, la révocation d'une libération conditionnelle est décidée par le procureur général d'État (paragraphe 16 ci-dessus). Or, la Cour a déjà estimé que le procureur ne pouvait passer pour un « tribunal » répondant aux exigences de l'article 5 § 4 (*Ivan Todorov*, précité, § 62, et la jurisprudence qui y est citée) et elle ne voit pas de raison de s'écarter de pareille conclusion en l'espèce.

35. Comme indiqué ci-dessus, la Cour n'a pas connaissance d'un recours qui existerait en droit luxembourgeois à l'encontre d'une telle décision prononcée par le procureur général d'État. Bien au contraire, il ressort des observations du Gouvernement et des éléments du dossier que, à ce jour, la loi ne prévoit pas de possibilité de recours pour contester la légalité d'une mesure de révocation d'une libération conditionnelle (paragraphe 12 et 18 ci-dessus).

36. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure que, à compter de la révocation de la libération conditionnelle en date du 4 novembre 2015, le requérant n'a pas disposé d'un recours judiciaire lui permettant, comme l'exige l'article 5 § 4, de faire contrôler la légalité de sa détention à ce titre et d'obtenir, en cas de constat d'illégalité, sa libération. Partant, il y a eu violation de cette disposition.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

37. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

38. Le requérant réclame un total de 36 339 074 euros (EUR) au titre des préjudices matériel et moral qu'il estime avoir subis.

39. Le Gouvernement conteste cette demande.

40. La Cour n'aperçoit pas de lien de causalité entre la violation constatée et le dommage matériel allégué et elle rejette cette demande. Quant au dommage moral, la Cour estime que le constat de violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par le requérant.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Déclare* la requête recevable quant au grief tiré de l'article 5 § 4 de la Convention ;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention ;

3. *Dit* que le constat d'une violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par le requérant ;
4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 30 janvier 2018, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement de la Cour.

Marialena Tsirli
Greffière

Ganna Yudkivska
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées des juges Pinto de Albuquerque et Kūris.

G.Y.
M.T.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE

Table des matières

I. Introduction (§ 1)	11
Première partie – Les normes universelles sur les garanties de la libération conditionnelle (§§ 2-10).....	12
II. Les normes des Nations Unies (§§ 2-5).....	12
A. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (§§ 2-4).....	12
B. Les Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (§ 5)	13
III. Les normes du droit pénal international (§§ 6-10)	14
A. Les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (§§ 6-8).....	14
B. La Cour pénale internationale (§§ 9-10).....	16
Seconde partie – Les normes européennes sur les garanties de la libération conditionnelle (§§ 11-21).....	17
IV. Les normes de l'Union Européenne et du Conseil de l'Europe (§§ 11-15).....	17
A. Les normes de l'Union européenne (§ 11).....	17
B. Les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (§ 12-15).....	18
V. Le contrôle effectué par la Cour (§§ 16-21).....	19
A. L'application de l'article 5 § 4 aux garanties relatives à la libération conditionnelle (§§ 17-19).....	20
B. L'application de l'article 5 § 4 aux garanties relatives à la révocation de la libération conditionnelle (§§ 20-21).....	21
VI. Conclusion (§§ 22-25).....	22

I. Introduction (§ 1)

1. J'ai voté, sans hésitation, comme la majorité en faveur d'un constat de violation de l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention »). Néanmoins, je ne puis souscrire au choix de la majorité d'omettre certains éléments du fond, tels que la pratique bien établie du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international et le raisonnement contradictoire de la chambre dans

l'arrêt *Brown c. Royaume-Uni*¹. Cela étant, je me bornerai à faire des observations dans ce sens en me fondant également sur la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») en matière de libération conditionnelle. L'ensemble de ces éléments confirme, à mon avis, que la décision de la chambre soulignant l'exigence d'un recours judiciaire de la révocation de la libération conditionnelle est pleinement justifiée.

Première partie – Les normes universelles sur les garanties de la libération conditionnelle (§§ 2-10)

II. Les normes des Nations Unies (§§ 2-5)

A. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (§§ 2-4)

2. Dans son article 9, § 1, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques² reconnaît à tout individu le droit à la liberté et à la sécurité. Ainsi, le Pacte affirme que « [n]ul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire ». Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs légaux et conformément à la procédure prévue par la loi. De même, le paragraphe 4 du même article précise que « [q]uiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ».

3. Dans l'Observation générale n° 35 relative à l'article 9 du Pacte³, le Comité des droits de l'homme a rappelé que la libération conditionnelle ou d'autres formes de libération anticipée ne doivent pas être refusées pour des motifs arbitraires au sens de l'article 9⁴. « Si cette libération est accordée sous conditions et annulée ultérieurement en raison d'un manquement allégué à ces conditions, l'annulation doit aussi être effectuée conformément à la loi et ne doit pas être arbitraire et, en particulier, ne doit pas être disproportionnée à la gravité du manquement »⁵. De même, le Comité a précisé que, lorsque la partie punitive de la peine est purgée, la détention dans le cadre de la période non punitive ne devrait être appliquée « qu'en

¹ *Brown c. Royaume-Uni* (déc.), n° 968/04, 26 octobre 2004.

² Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 ; entrée en vigueur : le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49.

³ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 35 : Article 9 (liberté et sécurité de la personne), 16 décembre 2014, CCPR /C/GC/35.

⁴ *Ibidem*, § 20.

⁵ *Ibidem*.

dernier ressort, et la situation doit être réexaminée périodiquement par un organe indépendant afin de décider si le maintien en détention est justifié »⁶.

4. En ce qui concerne la mise en œuvre des principes précités, le Comité a pu examiner la situation où l'auteur de la plainte, ayant été libéré sous conditions, a toutefois été réincarcéré suite à un comportement violent⁷. En analysant donc les allégations de l'auteur selon lesquelles sa réincarcération était disproportionnée et constitutive de la détention arbitraire, le Comité a précisé qu'une telle réincarcération « peut être considérée dans certaines circonstances comme arbitraire au regard du Pacte »⁸. Pour que cette réincarcération « ne puisse pas être jugée arbitraire, l'État partie doit faire la preuve que le renvoi en prison n'était pas injustifié au regard du comportement reproché, et que la détention qui s'est ensuivie fait l'objet d'un examen régulier par un organe indépendant »⁹. Pour conclure à la non-violation de l'article 9 § 1, le Comité a noté « que la détention en cours de l'auteur a été examinée au moins une fois par an par la Commission des libérations conditionnelles, organe dont les décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire ce qui, selon le Comité, remplit les conditions nécessaires d'indépendance (...)»¹⁰

B. Les Règles *minima* des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (§ 5)

5. À l'ère moderne, les exigences *minima* relatives à des mesures de substitution à l'emprisonnement apparaissent dans les Règles *minima* des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (Règles de Tokyo)¹¹. En énonçant une série des principes fondamentaux en matière du recours à des mesures non privatives de liberté, ces règles précisent que « [l]ors de l'application de mesures non privatives de liberté, les droits du délinquant ne peuvent faire l'objet de restrictions excédant celles qu'a autorisées l'autorité compétente ayant rendu la décision d'origine »¹². Un de ces droits est sans doute le droit au recours. Dans ce sens, concernant l'application des peines dont la libération conditionnelle selon diverses formules fait partie, les règles énoncent que « [l]es décisions sur les mesures concernant l'application des peines sont subordonnées, sauf dans le cas d'une mesure de grâce, à l'examen de l'autorité judiciaire ou de

⁶ Ibidem, § 21.

⁷ Communication n° 1385/2005, *Benjamin Manuel c. Nouvelle-Zélande*.

⁸ Ibidem, § 7.3.

⁹ Ibidem, § 7.2.

¹⁰ Ibidem, § 7.3.

¹¹ Adoptées par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/110 du 14 décembre 1990.

¹² Ibidem, 3.10.

toute autre autorité indépendante compétente, à la demande du délinquant »¹³.

III. Les normes du droit pénal international (§§ 6-10)

A. Les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (§§ 6-8)

6. Il convient ici d'aborder les règles applicables par les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. En vertu de l'article 28 du Statut du Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie (le « TPIY »), « [s]i le condamné peut bénéficier d'une grâce ou d'une commutation de peine en vertu des lois de l'État dans lequel il est emprisonné, cet État en avise le Tribunal. Le Président du Tribunal, en consultation avec les juges, tranche selon les intérêts de la justice et les principes généraux du droit »¹⁴. Les critères de l'octroi sont énoncés dans l'article 125 du Règlement de procédure et de preuve du TPIY qui mentionnent notamment, entre autres, la gravité de l'infraction commise, le traitement réservé aux condamnés se trouvant dans la même situation, la volonté de la réinsertion sociale dont fait preuve le condamné, le sérieux et l'étendue de la coopération fournie au Procureur¹⁵.

7. En ce qui concerne la mise en œuvre des dispositions précitées, plusieurs décisions du Président du TPIY peuvent être citées¹⁶. Sans se

¹³ Ibidem, 9.3.

¹⁴ Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, septembre 2009, adopté le 25 mai 1993, Résolution 827, art. 28.

¹⁵ Règlement de procédure et de preuve, IT/32/Rev. 50, 8 juillet 2015, art. 125.

¹⁶ Voir, entre autres, Le Procureur c/ Shefqet Kabashi, affaire n° IT-04-84-R77.1-ES, *Decision of President on Early Release of Shefqet Kabashi*, 28 septembre 2011 ; Le Procureur c/ Dragan Obrenović, affaire n° IT-02-60/2-ES, *Decision of President on Early Release of Dragan Obrenović, confidentiel*, 21 septembre 2011 ; Le Procureur c/ Ivica Rajić, *Decision of President on Early Release of Ivica Rajić*, 22 août 2011 ; Le Procureur c/ Milomir Stakić, affaire n° IT-97-24-ES, *Décision relative à la libération anticipée de Milomir Stakić*, 15 juillet 2011 ; Le Procureur c/ Momčilo Krajišnik, affaire n° IT-00-39-ES, *Decision of President on Early Release of Momčilo Krajišnik*, 11 juillet 2011 ; Le Procureur c/ Veselin Šljivančanin, affaire n° IT-95-13/1-ES.1, *Décision du Président relative à la libération anticipée de Veselin Šljivančanin*, 5 juillet 2011 ; Le Procureur c/ Johan Tarčulovski, affaire n° IT-04-82-ES, *Décision du Président relative à la demande de libération anticipée présentée par Johan Tarčulovski*, 23 juin 2011 ; Le Procureur c/ Blagoje Simić, affaire n° IT-95-9-ES, *Décision du Président relative à la libération anticipée de Blagoje Simić*, 15 février 2011 ; Le Procureur c/ Darko Mrña, affaire n° IT-02-59-ES, *Décision du Président du Tribunal relative à la demande de libération anticipée présentée par Darko Mrña*, 1er février 2011 ; Le Procureur c/ Ivica Rajić, affaire n° IT-95-12-ES, *Décision du Président relative à la libération anticipée d'Ivica Rajić*, 31 janvier 2011 ; Le Procureur c/ Zoran Žigić, affaire n° IT-98-30/1-ES, *Décision du Président relative à la libération anticipée de Zoran Žigić*, 8 novembre 2010 ; Le Procureur c/ Haradin Bala, affaire n° IT-03-66-ES, *Décision relative à la demande de réduction de*

pencher ici sur les modalités de la prise des décisions, il est absolument clair que la décision de la libération anticipée est prise par un juge, en consultation avec les membres du Bureau et les autres juges permanents ayant prononcé la peine¹⁷, en prenant en compte plusieurs circonstances, y compris l'état de santé du condamné¹⁸.

8. Dans le même sens et dans les mêmes termes, le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda prévoit la possibilité d'accorder la grâce ou la commutation de peine dans son article 28¹⁹. Tout comme pour le TPIY, les mêmes conditions d'octroi sont énoncées dans l'article 126 du Règlement de procédure et de preuve²⁰. Et tout comme le TPIY, le TPIR applique ces règles dans sa jurisprudence²¹.

peine présentée par Haradin Bala, 15 octobre 2010; Le Procureur c/ Momčilo Krajišnik, affaire n° IT-00-39-ES, *Décision du Président relative à la demande de libération anticipée de Momčilo Krajišnik*, 26 juillet 2010; Le Procureur c/ Milan Gvero, affaire n° IT-05-88-ES, *Decision of President on Early Release of Milan Gvero*, 28 juin 2010; Le Procureur c/ Duško Sikirica, affaire n° IT-95-8-ES, *Decision of President on Early Release of Duško Sikirica*, 21 juin 2010; Le Procureur c/ Dragan Zelenović, affaire n° IT-96-23/2-ES, *Décision du Président du Tribunal relative à la demande de grâce ou de commutation de peine de Dragan Zelenović*, 10 juin 2010; *Décision du président du tribunal relative à la libération anticipée de Dragan Zelenović*, Affaire n° IT-96-23/2-ES, 21 octobre 2011 ; Le Procureur c/ Dario Kordić, affaire n° IT-95-14/2-ES, *Décision du Président relative à la demande de grâce ou de commutation de peine de Dario Kordić*, 13 mai 2010; Le Procureur c/ Mlaño Radić, affaire n° IT-98-30/1-ES, *Décision du Président relative à la demande de grâce ou de commutation de peine de Mlaño Radić*, 23 avril 2010; Le Procureur c/ Mitar Vasiljević, affaire n° IT-98-32-ES, *Version publique expurgée de la décision du Président relative à la demande de grâce ou de commutation de peine de Mitar Vasiljević*, 12 mars 2010; Le Procureur c/ Dragan Jokić, affaires nos IT-02-60-ES et IT-05-88-R.77.1-ES, *Public Redacted Version of Decision of President on Application for Pardon or Commutation of Sentence of Dragan Jokić of 8 December 2009*, 13 janvier 2010; Le Procureur c/ Biljana Plavšić, affaire n° IT-00-39 & 40/1-ES, *Décision du Président relative à la demande de grâce ou de commutation de peine de Biljana Plavšić*, 14 septembre 2009.

¹⁷ Règlement de procédure et de preuve, art. 124.

¹⁸ *Décision du président relative à la demande de grâce ou de commutation de peine de Biljana Plavšić*, Affaire n° IT-00-39 & 40/1-ES, 14 septembre 2009, § 11.

¹⁹ Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, 31 janvier 2010, créé par la Résolution 955 (1994) du 8 novembre 1994.

²⁰ Règlement de procédure et de preuve, adopté le 29 juin 1995, version du 13 mai 2015.

²¹ Voir Le Procureur c. Paul Bisengimana, affaire n° MICT- 12-07, *Décision du Président du Mécanisme relative à la libération anticipée de Paul Bisengimana et à la requête aux fins de déposer une version publique expurgée*, 11 décembre 2012 ; Le Procureur c. Gerard Ntakirutimana, affaire n° OMICT-1 2-1 7-ES, *version publique expurgée de la décision du Président du Mécanisme du 26 mars 2014 relative à la libération anticipée de Gerard Ntakirutimana*, 24 avril 2014 ; Le Procureur c. Obed Ruzindana, affaire n° MICT- 12-IO.ES., *Décision du Président du Mécanisme relative à la demande de libération anticipée d'Obed Ruzindana*. 13 mars 2014, version publique expurgée ; la *version publique expurgée de la décision du président relative à la libération anticipée de Ferdinand Nahimana*, rendue le 22 septembre 2016, Affaire n° MICT-13-37-ES.1.

B. La Cour pénale internationale (§§ 9-10)

9. En ce qui concerne la Cour pénale internationale (la « CPI »), l'article 106 § 1 du Statut de Rome dispose que « [l']exécution d'une peine d'emprisonnement est soumise au contrôle de la Cour. Elle est conforme aux règles conventionnelles internationales largement acceptées en matière de traitement des détenus ». ²² Ensuite, dans l'article 110 du Statut relatif à une réduction de peine, il est précisé que la Cour a seule le droit de décider d'une réduction de peine après avoir entendu le condamné ²³. Cela devient possible lorsque la personne a purgé les deux tiers de sa peine ou 25 années d'emprisonnement dans le cas d'une condamnation à perpétuité ²⁴. Concernant les conditions d'octroi de la réduction de peine, la Cour fonde sa décision, entre autres, sur la manifestation de la volonté du condamné de coopérer avec la Cour ²⁵, le comportement de l'intéressé, ses actions en faveur des victimes, sa situation personnelle, les possibilités de sa resocialisation et de réussite de sa réinsertion, et l'absence de risques d'instabilité sociale significative à cause de sa libération anticipée ²⁶. Il importe de souligner que la décision de la réduction de peine est prononcée par les trois juges de la Chambre d'appel, généralement à la suite d'une audience, en présence non seulement du condamné mais aussi du Procureur, de l'État chargé de l'exécution de la peine et des victimes ou de leurs représentants légaux dans la mesure du possible ²⁷. En outre, la question de la réduction de peine est réexaminée par la Chambre d'appel tous les trois ans ²⁸.

10. Tout comme le TPIY et le TPIR, la CPI a déjà procédé à la mise en œuvre du dispositif relatif à la réduction de la peine. Notamment, dans sa décision relative à une réduction de la peine de Thomas Lubanga Dyilo, la CPI a souligné que, « contrairement à ce qui se passe dans les tribunaux *ad hoc* et dans nombre de juridictions nationales, l'examen de cette question [une réduction de la peine] n'est pas déclenché par une demande introduite par la personne condamnée mais constitue un examen d'office obligatoirement entrepris par le collège des juges nommé à cet effet par la

²² Statut de Rome de la Cour pénale internationale, document A/CONF.183/9 du 17 juillet 1998 amendé par les procès-verbaux du 10 novembre 1998, du 12 juillet 1998, du 30 novembre 1999, du 8 mai 2000, du 17 janvier 2001 et du 16 janvier 2002, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, art. 106, § 1.

²³ Ibidem, art. 110, § 2.

²⁴ Ibidem, art. 110, § 3.

²⁵ Ibidem, art. 110, § 4.

²⁶ Règlement de procédure et de preuve, le texte tiré des Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session, New York, 3-10 septembre 2002 (ICC-ASP/1/3 et Corr.1), deuxième partie. A, version de 2013, ICC-PIDS-LT-02-002/13_Fra, art. 223.

²⁷ Ibidem, art. 224, § 1.

²⁸ Ibidem, art. 224, § 3.

Chambre d'appel »²⁹. Il convient également de souligner que, comme dans le cas des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, la réduction de la peine a déjà été prononcée par la CPI³⁰.

Seconde partie – Les normes européennes sur les garanties de la libération conditionnelle (§§ 11-21)

IV. Les normes de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe (§§ 11-15)

A. Les normes de l'Union européenne (§ 11)

11. Le Conseil de l'Union européenne, en poursuivant à la fois les objectifs de réinsertion sociale de la personne condamnée et le contrôle du respect des mesures de probation et de peines de substitution dans les États membres, a adopté la Décision-cadre 2008/947/JAI³¹. En étendant ainsi la coopération policière et judiciaire au sein de l'Union européenne au domaine de peines assorties de sursis avec mise à l'épreuve et de libérations conditionnelles, le Conseil visait à harmoniser la pratique des États membres étant donné que seuls douze États avaient à l'époque ratifié, souvent avec de nombreuses réserves, la Convention du Conseil de l'Europe sur la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition³². Ainsi, concernant la révocation de la décision de la libération conditionnelle, la Décision-cadre précise dans son article 3 § 3 que « [s]i une décision est rendue au titre de l'article 14, paragraphe 1, point b) [la révocation de la décision de la libération conditionnelle] [...], par une autorité compétente autre qu'une juridiction, les États membres veillent à ce que, si la personne concernée le demande, cette décision puisse être réexaminée par une juridiction ou par une autre instance indépendante à caractère juridictionnel »³³. L'obligation d'assurer un contrôle à caractère juridictionnel de la révocation de la libération conditionnelle pèse donc déjà

²⁹ *Décision relative à l'examen de la question d'une réduction de la peine de Thomas Lubanga Dyilo*, N° ICC-01/04/01/06, 22 septembre 2015, § 32.

³⁰ Voir la *Décision relative à l'examen de la question d'une réduction de la peine de Germain Katanga*, N° ICC-01/04/01/07, 13 novembre 2015, §§ 113-116.

³¹ Décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution.

³² Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition (STE n° 051), 30 novembre 1964, entrée en vigueur le 22 août 1975.

³³ Décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil précité, art. 3.3.

sur les États membres de l'Union européenne. Et le Luxembourg n'y échappe certainement pas³⁴.

B. Les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (§ 12-15)

12. Concernant les recommandations adoptées par le Comité des Ministres, elles démontrent une position ferme et durable à l'égard des garanties procédurales de la libération conditionnelle. En 2003, dans la Recommandation Rec(2003)22³⁵ concernant la libération conditionnelle, le Comité a notamment considéré « que son usage devrait être adapté aux situations individuelles et conforme aux principes de justice et d'équité »³⁶. Dans le même sens, il a affirmé « que la législation et la pratique de la libération conditionnelle devraient être conformes aux principes fondamentaux des États démocratiques régis par le principe de la prééminence du droit, dont l'objectif primordial est la garantie des droits de l'homme, conformément à la Convention européenne des Droits de l'Homme et à la jurisprudence des organes chargés de veiller à son application »³⁷. En outre, sans se borner à des énoncés généraux, le Comité des Ministres s'est penché sur les garanties procédurales de la libération conditionnelle. Plus précisément, le paragraphe 33 de la Recommandation dispose que « [l]es condamnés devraient pouvoir introduire un recours auprès d'une instance de décision supérieure indépendante et impartiale, établie par disposition légale contre le fond de la décision ou le non-respect des garanties procédurales ». Davantage encore, le paragraphe 35 de la Recommandation précise que « [t]outes les procédures devraient respecter les garanties énoncées aux Règles 13 à 19 des Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté ».

13. Le renvoi aux garanties des Règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté³⁸ n'est pas non plus anodin, il suppose en effet le même niveau des garanties procédurales pour les sanctions et les mesures de leur application. Notamment, la règle 13 énonce

³⁴ Voir l'Avis du Conseil d'État luxembourgeois sur le Projet de loi 1) relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de probation et aux peines de substitution et 2) favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée (20 mai 2014).

³⁵ Recommandation Rec(2003)22 du Comité des Ministres aux États membres concernant la libération conditionnelle (adoptée par le Comité des Ministres le 24 septembre 2003, lors de la 853^e réunion des Délégués des Ministres).

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Recommandation N° R(92) 16 du Comité des Ministres aux États membres relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté (adoptée par le Comité des Ministres le 19 octobre 1992, lors de la 482^e réunion des Délégués des Ministres).

que « [l]e délinquant doit avoir le droit d'exercer un recours devant une autorité de décision supérieure contre la décision lui imposant une sanction ou mesure appliquée dans la communauté, modifiant ou révoquant une telle sanction ou mesure ». Nuançant ce propos, la règle 14 précise que « [t]oute décision relative à la mise à exécution d'une sanction ou mesure appliquée dans la communauté doit être susceptible d'appel devant l'autorité judiciaire dès lors que le délinquant souhaite se plaindre qu'une restriction de sa liberté ou que cette décision est illégale, ou contraire au contenu de la sanction ou mesure imposée ».

14. La Recommandation CM/Rec(2014)4 relative à la surveillance électronique³⁹ réaffirme indirectement les exigences mentionnées ci-dessus. Ainsi, elle confirme que la surveillance électronique peut être utilisée dans le cadre d'une libération conditionnelle des prisonniers. Et, ce faisant, elle en affirme les principes fondamentaux, dont le deuxième, énoncé juste après l'exigence de légalité de l'utilisation de la surveillance électronique, se lit ainsi : « [l]es décisions de placement ou de cessation du placement sous surveillance électronique doivent être prises par un juge ou pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel »⁴⁰.

15. Les normes juridiques internationales et européennes susmentionnées confirment, à mes yeux, que le droit au recours dans le cadre de la libération conditionnelle, y compris lors de sa révocation, est un droit fondamental établi et reconnu par la communauté internationale. Ainsi, la question de distinguer les garanties procédurales applicables au jugement de condamnation et celles applicables à la mise en liberté conditionnelle ou à sa révocation ne se pose pas. Cette conclusion provisoire est d'ailleurs confirmée par la jurisprudence de la Cour. Néanmoins, certaines précisions sont absolument nécessaires.

V. Le contrôle effectué par la Cour (§§ 16-21)

16. Tout d'abord, il est indispensable de préciser que, à la différence du contrôle des garanties relatives à la libération conditionnelle, il n'existe pas une jurisprudence bien établie de la Cour en matière de révocation de celle-ci. Il n'est notamment possible d'évoquer qu'une seule décision comparable à notre cas – celle de l'affaire *Brown c. Royaume-Uni* précitée. La question qui pourrait naturellement se poser est celle de savoir si la jurisprudence *Brown* était à suivre dans la présente affaire.

³⁹ Recommandation CM/Rec(2014)4 du Comité des Ministres aux États membres relative à la surveillance électronique (adoptée par le Comité des Ministres le 19 février 2014, lors de la 1192^e réunion des Délégués des Ministres).

⁴⁰ *Ibidem*.

A. L'application de l'article 5 § 4 aux garanties relatives à la libération conditionnelle (§§ 17-19)

17. Déjà en 1987, l'ancienne Cour a précisé que, même si le contrôle voulu par l'article 5 § 4 se trouvait incorporé au jugement initial, il ne s'agissait que du contrôle de la détention antérieure au jugement de la privation de liberté. La détention ultérieure à la condamnation était susceptible de faire l'objet du contrôle au sens de l'article 5 § 4 « dans la mesure où des questions nouvelles de légalité la concernant surgiraient après coup »⁴¹.

18. Concernant la libération conditionnelle, déjà en 1997, la Commission européenne des droits de l'homme (la « Commission ») a suivi la même logique en énonçant que « le contrôle voulu par l'article 5 § 4 est en principe incorporé à la décision de condamnation à une peine de privation de liberté prononcée par un tribunal compétent »⁴². Or la Commission a également précisé que ce constat « ne s'applique pas à la détention consécutive à la condamnation ou à la détention dans laquelle de nouvelles questions pourraient surgir »⁴³. L'article 5 § 4 peut donc s'appliquer.

19. En prenant en considération la diversité des affaires portées devant la Cour, mais aussi l'évolution des standards en matière de la protection des droits de l'homme, plusieurs décisions très différentes ont été rendues en fonction des circonstances. Notamment, dans la décision *Krajisnik c. Royaume-Uni*⁴⁴, le requérant condamné par le TPIY et détenu au Royaume-Uni a vu sa demande de la libération conditionnelle rejetée en raison du refus du Président du TPIY. La Cour a opté pour le refus ferme du contrôle sous l'angle de l'article 5 § 4 sans même se poser la question de savoir si une quelconque question nouvelle se posait⁴⁵. Pourtant, dans l'affaire *Iorgov c. Bulgarie (n° 2)*⁴⁶, où le requérant dénonçait l'absence en droit interne de recours judiciaires pour contester la légalité de sa détention dans le cadre de la réclusion criminelle à perpétuité, la chambre a rappelé que, « dans plusieurs affaires contre le Royaume-Uni, la Cour a conclu que l'article 5 § 4 garantissait aux condamnés à la perpétuité le droit à un recours permettant de déterminer la légalité de leur détention une fois purgée la période rétributive de leur peine »⁴⁷. Dans le même sens, dans l'affaire *Murray c. Pays-Bas*, la Grande Chambre a affirmé que l'équilibre

⁴¹ *Weeks c. Royaume-Uni*, n° 9787/82, 2 mars 1987, §§ 55-56 ; *Thynne, Wilson et Guinnell c. Royaume-Uni*, n° 11787/85, 25 décembre 1990, § 68.

⁴² *Mansell c. Royaume-Uni*, n° 32072/96, décision de la Commission du 2 juillet 1997.

⁴³ *Ibidem*. Voir également les affaires qui y sont citées.

⁴⁴ *Krajisnik c. Royaume-Uni* (déc), n° 6017/11, 23 octobre 2012.

⁴⁵ *Ibidem*, § 63.

⁴⁶ *Iorgov c. Bulgarie*, n° 36295/02, 2 septembre 2010.

⁴⁷ *Ibidem*, § 72.

des motifs propres à justifier une détention est susceptible d'évoluer et peut être correctement apprécié « seulement par un réexamen de la justification du maintien en détention à un stade approprié de l'exécution de la peine ». Et, bien évidemment, ce « réexamen doit être entouré de garanties procédurales adéquates [...]. Dans la mesure nécessaire pour que le détenu sache ce qu'il doit faire pour que sa libération puisse être envisagée et à quelles conditions, une motivation des décisions peut être requise, et il faut donc que le détenu ait accès à un contrôle juridictionnel pour faire remédier à tout défaut à cet égard (*László Magyar*, précité, § 57, et *Harakchiev et Tolumov*, précité, §§ 258 et 262) »⁴⁸. Finalement, dans l'affaire *Ivan Todorov c. Bulgarie*, la chambre a maintenu ce standard en affirmant que « lorsque de nouvelles questions relatives à la légalité de la détention surgissent après le jugement, l'article 5 § 4 s'applique de nouveau et exige un contrôle judiciaire de la légalité de la détention »⁴⁹.

B. L'application de l'article 5 § 4 aux garanties relatives à la révocation de la libération conditionnelle (§§ 20-21)

20. Enfin, en 2004, dans l'affaire *Brown c. Royaume-Uni* précitée, la chambre devait se prononcer sur la légalité de la révocation de la libération conditionnelle. Le requérant, ayant été libéré sous condition, n'a pas respecté une des conditions de sa libération, à savoir le lieu de résidence. Sa libération ayant été révoquée par l'autorité compétente, les avocats du requérant ont présenté des observations devant le *Parole Board*, lesquelles ont été rejetées par ce dernier. Le requérant a en vain contesté ce rejet devant la *High Court*. La *Court of Appeal* a également rejeté l'appel. Devant la chambre le requérant contestait, sous l'angle de l'article 5 § 4, l'insuffisance du contrôle judiciaire (*the lack of court review*) de la justification de sa détention après la révocation. La chambre a répondu à ses allégations en citant le passage pertinent en quelque sorte modifié : lorsqu'un détenu est condamné par un tribunal compétent à une période déterminée d'emprisonnement dans un but punitif, le contrôle de la légalité de la détention est incorporé à la procédure initiale et celle de l'appel. Selon la chambre, aucune question nouvelle relative à la révocation ne se posait en l'espèce et, par conséquent, aucun droit à un nouveau contrôle de légalité de la détention n'était exigé par l'article 5 § 4. Le choix de la chambre était clair ici : le requérant contestait l'insuffisance du contrôle judiciaire de la révocation alors que, pourtant, ce contrôle avait été effectué par plusieurs juridictions nationales compétentes. Or, l'argumentation de la chambre était considérablement moins claire : il semblerait que celle-ci avait répondu à une autre question, à savoir celle-ci : faut-il assurer un contrôle judiciaire de

⁴⁸ *Murray c. Pays-Bas* [GC], n° 10511/10, 26 avril 2016, § 100.

⁴⁹ *Ivan Todorov c. Bulgarie*, n° 71545/11, 19 janvier 2017, § 59.

la révocation de la libération conditionnelle, ou ce contrôle est-il incorporé dans la décision initiale de la condamnation ? À mon sens, cette argumentation malencontreuse ne peut pas être appliquée en l'espèce, étant tout simplement contraire à la jurisprudence de la Cour sur la libération conditionnelle et aux normes juridiques internationales et européennes susmentionnées. Si, pour la libération conditionnelle, la Cour examine au cas par cas la présence de questions nouvelles, pourquoi en irait-il autrement concernant la révocation de la libération conditionnelle ? Si la Cour affirme la nécessité d'un contrôle juridictionnel pour la libération conditionnelle, pourquoi parviendrait-on à une conclusion opposée au sujet de sa révocation en l'espèce, surtout que le requérant, M. Etute, ne disposait d'aucun contrôle de sa révocation conditionnelle (§§ 34-35 de l'arrêt *Etute*) ?

21. En l'espèce, la décision de révocation de libération conditionnelle a fait naître des questions nouvelles. En effet, lorsque le requérant a été réincarcéré en novembre 2015, la déléguée du procureur général a constaté que celui-ci n'avait pas rempli les obligations qui lui avaient été imposées dans le cadre de la libération conditionnelle. La décision de révocation de la libération conditionnelle se fondait ainsi sur la production de faits nouveaux. Cette analyse quant au non-respect des conditions de la libération conditionnelle a dès lors impliqué des questions nouvelles. Partant, le contrôle exigé par l'article 5 § 4 ne se trouvait pas incorporé à la décision de condamnation.

VI. Conclusion (§§ 22-25)

22. Je me permettrais donc de conclure que même si la chambre, dans l'affaire *Brown*, a modifié *volenti nolenti* le principe affirmé et réaffirmé dans la jurisprudence constante de la Cour, ce principe modifié n'est pas applicable en l'espèce. En revanche, ce qui est applicable est, depuis des décennies, conformément à la jurisprudence de la Cour, « le contrôle voulu par l'article 5 § 4 est en principe incorporé à la décision de condamnation à une peine de privation de liberté prononcée par un tribunal compétent », mais ce principe d'incorporation « ne s'applique pas à la détention consécutive à la condamnation ou à la détention dans laquelle de nouvelles questions pourraient surgir ».

23. De ce fait, la révocation de la libération conditionnelle de M. Etute constitue, conformément à la jurisprudence bien établie de la Cour, une question nouvelle (§ 33 de l'arrêt *Etute*). Partant, cette question nouvelle aurait dû faire l'objet d'un contrôle judiciaire répondant aux exigences de l'article 5 § 4 (§ 34 de l'arrêt *Etute*). Ainsi, l'absence de ce contrôle en l'espèce a emporté la violation de la disposition précitée.

24. En d'autres termes, la chambre a refusé, avec raison, le principe erroné de l'arrêt *Brown* selon lequel la violation des conditions de sa libération conditionnelle ne constitue pas une question nouvelle et ne requiert pas un contrôle judiciaire. La conclusion de la chambre est d'autant plus importante qu'elle est prise dans le cas d'une peine d'emprisonnement temporaire (trente mois), tout comme dans l'affaire anglaise (huit ans). Ainsi, la chambre a rejeté d'emblée la distinction artificielle faite dans l'arrêt *Brown* entre les peines temporaires (*fixed prison term*) et à perpétuité (*discretionary and mandatory lifers*). En effet, cette distinction amènerait à traiter les condamnés à des peines d'emprisonnement temporaire de façon moins favorable que ceux condamnés à une peine à perpétuité.

25. Étant arrivé à la conclusion mentionnée ci-dessus, je ne peux pas omettre les effets de celle-ci en dehors du cadre de l'affaire concrète. Plus précisément, ayant conclu à la violation de l'article 5 § 4 en l'espèce, il est absolument clair que cette violation résultait directement de la législation luxembourgeoise qui, à ce jour, « ne prévoit pas de possibilité de recours pour contester la légalité d'une mesure de révocation d'une libération conditionnelle (§§ 35, 12 et 18 de l'arrêt *Etute*). L'absence de recours en la matière est donc la règle et non pas une exception. Ainsi, l'obligation de l'État au titre de l'article 46 de la Convention ne se limite pas à l'exécution des mesures individuelles dans le cadre de l'arrêt *Etute*, mais elle implique également la mise en œuvre des mesures générales sous la surveillance du Comité des Ministres⁵⁰. Et, à mon sens, la chambre n'aurait pas dû passer à côté de cette conclusion.

⁵⁰ Voir mutatis mutandis *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31434/96, 22 juin 2004, §§ 193-194 ; *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* [GC], n° 75025/01, 6 octobre 2005, §§ 83-84.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE KŪRIS

1. Having voted to find a violation of Article 5 § 4 of the Convention, I nevertheless consider this judgment to contain two omissions. The first one pertains to the language of the applicant’s counter-arguments in response to the respondent Government’s submissions; the second to the way in which the Chamber has dealt with the Court’s case-law on the matter under consideration.

I

2. The applicant, in his correspondence with the Court, explicitly accused the Government’s agents (and some other domestic officials) of “covering up the truth”, even outright “lying”. He called the agents’ arguments “shameful” and “deplorable”. The question is whether the offensiveness of these statements reaches the threshold for an abuse of the right of individual application within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention.

3. Article 35 § 3 (a) commands the rejection of a complaint on account of abuse of the right of application. The Practical Guide on Admissibility Criteria (“PGAC”), which summarises the Court’s case-law *inter alia* on this subject, defines “abuse” within the meaning of that Article as the “harmful exercise of a right for purposes other than those for which it is designed”. An abuse of the right of application thus encompasses “any conduct of an applicant that is manifestly contrary to the purpose of the right of individual application as provided for in the Convention and impedes the proper functioning of the Court or the proper conduct of the proceedings before it”. Such application must be rejected, although the Court itself acknowledges that rejection would be “an exceptional measure” (PGAC, § 148; see also, among other authorities, *Miroļubovs and Others v. Latvia*, §§ 62, 63 and 65, 15 September 2009, and the case-law cited therein).

4. The use of offensive language is one of the “typical” grounds upon which the Court finds an abuse of the right of application (PGAC, § 149). PGAC leaves no doubt that “[t]here *will be* an abuse of the right of application where the applicant, *in his or her correspondence with the Court*, uses particularly vexatious, insulting, threatening or provocative language – whether this be against the respondent government, its Agent, the authorities of the respondent State, the Court itself, its judges, its Registry or members thereof” (§ 154 (emphasis added); see, as a recent example, *Jula v. Romania*, no. 46167/09, §§ 18–21, 5 September 2017, and the case-law cited therein; see also *Řehák v. the Czech Republic* (dec.), no. 67208/01, 18 May 2004; *Duringer and Grunge v. France* (dec.), no. 61164/00, 4 February 2003, and the case-law cited therein). On the other

hand, “[i]t is not sufficient for the applicant’s language to be merely cutting, polemical or sarcastic; it must exceed ‘the bounds of normal, civil and legitimate criticism’ in order to be regarded as abusive” (PGAC, § 155; see also *Jula*, cited above, § 20; *Apinis v. Latvia* (dec.), no. 46549/06, § 16, 20 September 2011; and *Di Salvo v. Italy* (dec.), no. 16098/05, 11 January 2011).

5. The respondent Government argued that the applicant’s allegations “manifestly exceed[ed] the limits of a normal, civic and legitimate criticism within the meaning of the Court’s case-law” (“elles excèdent manifestement les limites d’une critique normale, civique et légitime au sens de la jurisprudence de la Cour”). This assessment pertained to the allegations contained in the applicant’s responses to the Government’s observations to the instant application and two other applications which were subsequently rejected as manifestly ill-founded, without entering into consideration as to whether the language to which the applicant resorted was indeed offensive (see *Etute v. Luxembourg* (dec.), nos. 61606/15 and 701/16, 17 October 2017). I do not question *that* rejection and accept, as a matter of principle, that dismissal of a complaint on the ground that it is manifestly ill-founded may dispense the Court from entering also into the issue of the alleged abuse of the right of application on account of the use of offensive language.

6. The instant case, however, is different from that earlier one. It has resulted in a *judgment on the merits*. All the respondent Government’s objections (even if described by the Government themselves modestly as “comments” (“commentaires”)) pertaining to the alleged inadmissibility of the application – not excluding that pertaining to language allegedly overstepping the bounds of “normal, civic and legitimate criticism” – therefore had to be explicitly dealt with by the Chamber. However, the latter has confined itself to routinely stating that the application is not “manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention, nor is it inadmissible on any other grounds” and that “[i]t must therefore be declared admissible”.

7. The application could be and had to be declared admissible (after all, I myself voted for this). In cases where parties engage in reconnaissance by testing the boundaries of what is permissible in litigation (at the domestic level, but also before the ECtHR), the Court, for better or for worse, is quite lenient towards a lack of civility in denouncing other parties’ submissions or even court experts’ conclusions (for a recent example see *Čeferin v. Slovenia*, no. 40975/08, 16 January 2018, not yet final), as well as in out-of-court statements (see, for example, *Morice v. France* [GC], no. 29369/10, ECHR 2015). Still, this application could be and had to be declared admissible *after* due consideration had been given to the relevant “comments” of the respondent Government – even if only for the sake of civility of future litigation, so that other applicants will also be aware that none of their expressions skips the eye of the Court. The suppression of a

point which has merited at least some attention is not much of an asset for this judgment.

A message not sent is a message not received.

II

8. The judgment is based on the general principles as developed in the Court's case-law, in particular in the leading case of *De Wilde, Ooms and Wersyp v. Belgium* (nos. 2832/66, 2835/66 and 2899/66, 18 June 1971), and two (out of many) subsequent cases *Weeks v. the United Kingdom* (no. 9787/82, 2 March 1987) and *Ivan Todorov v. Bulgaria* (no. 71545/11, 19 January 2017). However, references to the Court's case-law are unusually scarce. This may indirectly imply that the case-law pertaining to the recalling of a prisoner released on licence or the suspension of such release is fragmentary or incidental. To some extent this may be the case, but not to the extent of allowing for such "telegraphese".

9. Of course, it would be not necessary to recapitulate in detail, in each and every case, all the relevant case-law. Nevertheless, not only should the judgment cite that case-law which directly supports the finding reached by the Chamber, but also that which suggests – even if only at first glance – a finding opposite to it; the latter should not be passed around in silence as non-existent. The *Weeks* case-law (cited above), from which is derived the need to look into what new questions capable of triggering the application of the Article 5 § 4 requirements may have arisen at the stage of recalling the prisoner released on licence (paragraph 26 of the judgment), is indeed very relevant; equally so is *Ivan Todorov* (cited above), which draws a distinction between prosecutors and courts (whatever may be, in various member States, the differences in the institutional or procedural relationship between the two) (see paragraphs 25 and 34).

But that is it. Much has been omitted.

10. Paragraph 25 of the judgment contains a reference to what could be called the "*incorporation thesis*" (the rewording has not distorted its original meaning), though fails to mention that this is the *default rule*: the review of lawfulness of determinate sentences is considered to have been *incorporated* in the "original" (trial or appeal) procedures, so Article 5 § 4 does not require a separate review of lawfulness. This forty-six-year-old rule (which, in its turn, has roots in even earlier case-law of the Court and the former Commission) is *still* the Court's valid case-law. The "*incorporation thesis*" was formulated back in *De Wilde, Ooms and Wersyp* (cited above, § 76), where the Court stated that Article 5 § 4 assured to those arrested or detained "the right to a *judicial supervision* of the lawfulness of the measure to which they are thereby subjected", therefore "[w]here the decision depriving a person of his liberty is one taken by an *administrative body*, ... the ... States [must] make available to the person

detained a right of recourse to a court; but there is nothing to indicate that the same applies when the decision is made by a court *at the close of judicial proceedings*”, as in such a case “the [required] supervision ... is incorporated in the decision” (emphasis added).

11. The “incorporation thesis” as a default rule was somewhat cushioned by a proviso coined in *Van Droogenbroeck v. Belgium* (no. 7906/77, § 45, 24 June 1982) and *Weeks* (cited above, § 56). The clarification of the “incorporation thesis” was summarised in *Thynne, Wilson and Gunnell v. the United Kingdom* (nos. 11787/85, 11978/86 and 12009/86, § 68, 25 October 1990) by stipulating that this rather restrictive initial rule related “only to ‘the initial decision depriving a person of his liberty’ and did not purport ‘to deal with an ensuing period of detention in which *new issues* affecting the lawfulness of the detention might arise” (emphasis added).

12. This mollification, which perhaps could be called the “*new issues proviso*”, allowed Article 5 § 4 to be brought into play where, in the opinion of the Court, new issues of lawfulness of detention might arise. The ensuing examination may result – and at times does result – in finding a violation of that Article (see, e.g., *Stoichkov v. Bulgaria*, no. 9808/02, § 65, 24 March 2005; *Svetoslav Dimitrov v. Bulgaria*, no. 55861/00, 7 February 2008; *Gavril Yosifov v. Bulgaria*, no. 74012/11, § 57, 6 November 2008; and *Sâncrăian v. Romania*, no 71723/10, § 84, 14 January 2014). One important but somewhat specific group of cases where Article 5 § 4 has come into play are cases against the United Kingdom: the Court has found that Article 5 § 4 guarantees life prisoners the right to a remedy to determine the lawfulness of their continuing detention once they had served the initial punitive term under British law (the retributive and deterrent part of their sentence, or the “tariff”), upon expiry of which further detention depends solely on circumstances subject to change (such as the considered dangerousness of the individual or the risk of his or her reoffending) and thus not incorporated in the original conviction and sentence (see, e.g., *Hussain v. the United Kingdom*, no. 21928/93, 21 February 1996; *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, 16 December 1999; *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, §§ 87-90, 28 May 2002; and *Waite v. the United Kingdom*, no. 53236/99, § 56, 10 December 2002).

13. Despite these developments, the “incorporation thesis” remains a default rule applied by the Court in its case-law on “renewed” imprisonment after the quashing or suspension of conditional release and on “continuing” imprisonment after conditional release is denied. The Court often rejects complaints about “renewed” (“continuing”) imprisonment *as manifestly ill-founded* or, in rarer instances, finds no violation of Article 5 § 4. However, the present judgment, while referring to *Ivan Todorov* (cited above) with some indirect further references, does not refer to that case-law where Article 5 § 4 has *not* been brought into play, because the review of

lawfulness of “renewed” (“continuing”) prison sentences was considered to have been incorporated in the “original” trial and appeal procedures.

14. For instance, in the important case of *Ganusauskas v. Lithuania* ((dec.), no. 47922/99, 7 September 1999), the Court dealt with the applicant’s “renewed” imprisonment. Initially, the applicant was conditionally released from prison. The prosecutor requested the higher court to suspend the execution of the order of conditional release. The request was granted and the applicant was immediately *de novo* imprisoned without the court hearing the parties. The next day the prosecutor appealed against the applicant’s conditional release, and that release order was quashed, but at this stage the appeal was heard by the court in the presence of the applicant and his counsel. In finding the applicant’s complaint under Article 5 § 4 to be manifestly ill-founded, the Court relied on *De Wilde, Ooms and Wersyp* (cited above). It is noteworthy that both sets of proceedings – regarding (i) the suspension of the execution of the order for conditional release and, more importantly, (ii) the quashing of the conditional release order – were initiated by the prosecutor. Thus, it was not that the applicant made use of whatever “right of recourse to a court” he might have had; what he could do and actually did, but only during the second set of proceedings, was to request the court to release him after his “renewed” imprisonment (he also presented some requests of a procedural nature). Most likely, *Ganusauskas* may not serve as a precedent for the instant case because of *some* involvement of the Lithuanian judiciary in the “renewed” imprisonment of the applicant, whereas in the instant case against Luxembourg the judiciary played no role whatsoever in the process. Be that as it may, to cite *Ganusauskas* (or some other similar case), say, in an *a contrario* context, would have been of at least some relevance as a vivid example of the straightforward application of the “incorporation thesis” and would have shed some light on *the extent to which* the judiciary have to be involved in the “renewed” imprisonment of a person in order to discharge the authorities from being held responsible for having violated a person’s rights under Article 5 § 4.

15. In another important case, *Krajisnik v. the United Kingdom* ((dec.), no. 6017/11, 23 October 2012), the Court dealt not with “renewed” but with “continuing” imprisonment. The applicant was initially sentenced by the Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (“ICTY”) to twenty-seven years’ imprisonment for various crimes, including crimes against humanity. Then the sentence was reduced to twenty years’ imprisonment by the Appeals Chamber. The applicant was serving his sentence in the United Kingdom, which was required to notify the ICTY if, pursuant to its law, the applicant became eligible for early release. The decision on early release had to be taken not by the British authorities but by the President of the ICTY. When the ICTY was notified that the applicant, after having served half of his sentence, would be

eligible, under British law, for consideration for release on parole licence, the President took a decision (according to him, unanimously shared by other judges) denying the applicant an early release. The President noted that it was the practice of the ICTY to consider convicts to be eligible for early release when they had served at least two thirds of their sentences (which would have happened some three years later) and, moreover, that the very high gravity of the applicant's offences weighed against his early release (despite the fact that he had demonstrated some rehabilitation). That denial was not subject to any appeal. The Court rejected the applicant's complaint under Article 5 § 4 as manifestly ill-founded. It was satisfied (i) that in determining and imposing on the applicant a fixed-term sentence the Appeals Chamber had referred chiefly to the gravity of the crimes committed and made no reference to considerations of risk or public safety; (ii) that the applicant had not shown that the grounds relied on by the Appeals Chamber were by their nature susceptible of change with the passage of time; and (iii) that no new issues of lawfulness concerning the basis of his detention therefore arose. The Court, relying on *De Wilde, Ooms and Wersyp* (cited above) and several other judgments, including *Iorgov v. Bulgaria (no. 2)* (no. 36295/02, 2 September 2010; see paragraph 16 below) and *Brown v. the United Kingdom* ((dec.), no. 968/04, 26 October 2004; see paragraph 18 below) held that the judicial control required by Article 5 § 4 was incorporated in the applicant's "original" conviction (by which the Court meant the conviction of the applicant by the ICTY Appeals Chamber) and the sentence imposed on him. Perhaps one could add that, after all, the applicant's early release was denied by a judicial body (the President of the ICTY), before which the applicant was invited to comment on the notification, by the British authorities, of his eligibility for early release under British law and the documents attached to that notification (the applicant emphasised *inter alia* that he had been acquitted on certain charges and expressed remorse for the crimes for which he was convicted, and these submissions were duly considered), but that additional element (which may seem to some to be a bit tailored) was not considered by the Court to be necessary or otherwise helpful for justification of a rather straightforward application of the "incorporation thesis".

16. In *Iorgov v. Bulgaria (no. 2)* (cited above), the case which preceded *Krajisnik* (cited above) and, as already mentioned (see paragraph 15 above), provided some basis for the latter, the Court did not dismiss the applicant's complaints under Article 5 § 4 as manifestly ill-founded, but examined them on the merits. The applicant had complained of the lack of judicial review under Bulgarian law enabling him to question the lawfulness of his detention once his death penalty was commuted. It was commuted by the Vice-President of Bulgaria to a life sentence without commutation, following two acts of Parliament: one by which a moratorium was imposed on all executions of prisoners sentenced to death, and the second, by which

capital punishment was abolished and replaced by a new penalty, life imprisonment without commutation. In this case, the Court reiterated its doctrine based on the “incorporation thesis”. In deciding whether the judicial review required under Article 5 § 4 was incorporated in the applicant’s initial conviction, the Court emphasised that the applicant was sentenced to death (which was the harshest sentence provided for in domestic law at the material time) and that later his sentence was commuted to one of life imprisonment without commutation, his “current” detention thus being the result of a remission of his initial sentence (the Court also referred to the specificity of the relevant case-law in cases against the United Kingdom (see paragraph 12 above) and noted that, unlike British law, Bulgarian law did not divide a life sentence into a punitive period and a security period). The commutation of a death penalty to a life sentence *by a non-judicial organ* exercising the power of clemency was found to have not altered the cause-and-effect relationship between the initial conviction and the continued detention, which continued to be considered as “detention after conviction by a court” within the meaning of Article 5 § 1 (a), and therefore the applicant’s detention continued to have its legal basis in the initial conviction pronounced by the courts. Consequently, the lack of *judicial recourse* by which the applicant could have challenged the lawfulness of his detention after the commutation of his death sentence was found not to be in violation of Article 5 § 4.

17. It would have been fair and useful to distinguish the instant case against Luxembourg from such cases as those referred to in paragraphs 14-16 above, in which the Court has applied its “incorporation thesis” and not its “new issues proviso”. Moreover, this would not have been too difficult, because in these cases at least one of the two criteria set forth in the Court’s case-law was satisfied for the application of the “incorporation thesis” to be allowed and even required, thus preventing the triggering of the “new issues proviso”: (i) the “renewed” (“continuing”) detention effectively presented no new issues of lawfulness of detention; (ii) there was at least some form of judicial avenue (however meagre) through which to challenge the “renewed” (“continued”) imprisonment. The instant case (and perhaps not only this one), however, has presented an opportunity for further clarification as to whether there is a place in the Court’s case-law for the third criterion pertaining to the “quality” of that judicial review. So far, such opportunity has been missed.

This brings us to one more important case, that of *Brown v. the United Kingdom* (cited above), which has been referred to in numerous cases on the same issue, not only against the United Kingdom but also against other member States.

18. In *Brown* (ibid.), the applicant was released from prison on licence. One of the licence conditions pertained to his place of residence as approved by the supervising officer, requiring obligatory advance notification of “any

proposed change of address”. After the applicant had breached that condition by changing his place of residence without prior approval (although he informed his probation officer *ex post facto* that he had moved), the Home Secretary recalled him to prison. The applicant challenged the recall first with the Parole Board, which had the power to order his release (a non-judicial avenue), and then in the High Court and the Court of Appeal. He averred that the recall was prompted by allegations of domestic violence, which he denied. All the proceedings were to no avail. The applicant’s representations were rejected by the Parole Board. The High Court held that the Board was entitled to regard the breach of the condition in those circumstances as justifying the recall. Finally, the Court of Appeal refused permission to appeal, confirming that the sole reason for the recall was the breach of the condition of residence (regardless of the reasons for that breach, into which it did not in fact enter), that the applicant was given the opportunity to make representations, which were considered, and that the “procedure was fair”; therefore “even if it could be argued that [the recall] was harsh, it was not disproportionate”. The applicant complained to the Court under Article 5 § 4 about the “lack of a court review of the justification of his continued detention after recall”, but his complaint was dismissed by the Court as manifestly ill-founded on the basis that “the review of the lawfulness of [his] detention [was] incorporated in the trial and appeal procedures” and that “[n]o new issues of lawfulness concerning the basis of the ... detention arose on recall and no right to a fresh review of the lawfulness of his detention arose for the purposes of Article 5 § 4”.

19. The Supreme Court of the United Kingdom appears to have relied heavily on *Brown* (ibid.). For instance, in a quite recent case, *R (on the application of Whiston) (Appellant) v. Secretary of State for Justice (Respondent)* ([2014] UKSC 39, 2 July 2014), the majority went as far as to conclude that the fact that *Brown* (as well as *Ganusauskas*, cited above, which in that passage of the judgment is mentioned alongside *Brown*) was an admissibility decision “strengthens [its] force rather than weakens it: ... the court [i.e. the Strasbourg Court] considered the applicant’s argument on [Article 5 § 4] to be *so weak*, for the reasons it gave, that it was *not even worth* proceeding to a decision” (or rather a “judgment” to use our terminology; emphasis added).

20. The instant case no doubt differs from *Brown v. the United Kingdom* (cited above) in at least one important respect (if we leave aside the question as to which issues of lawfulness of the applicant’s detention on recall could be considered “new”). The Luxembourg system does not provide for any judicial review of the quashing of conditional release, whereas the British system (like the Lithuanian one – see paragraph 14 above) does provide for it. This has made the instant case an easy one, and its outcome predictable.

21. On the other hand, one may ask whether the very presence of judicial review, as in *Brown* (ibid.), should be considered *in and of itself* a

sufficient safeguard against a violation of Article 5 § 4. What is an effective safeguard under Article 5 § 4: the nominal *envisaging* of judicial review by the domestic legislation or the *full-blooded* judicial review *itself*?

This is not merely an academic question. It goes to the very heart of the matter. It is one thing to be satisfied that the legislation provides for convicted persons to have an avenue for judicial review of the “renewal” (or “continuing”) of their imprisonment; it is quite another to be sure that this judicial review looks into something more than just the formal side of, say, a breach of a licence condition.

22. When this judgment becomes final, Luxembourg will have to change its legislation and introduce some form of judicial review of administrative decisions by which conditional release orders are quashed (suspended). The Court, by the present judgment, has *not* sent any message to the respondent State as to *what kind* of judicial review would be required by Article 5 § 4. This judgment can therefore be interpreted in the light of *Brown* (ibid.), which *also* represents the Court’s valid case-law, and moreover, the case-law relied upon ever since (see paragraph 15 above).

23. But it should not suffice for the Court that the domestic legislation (of whichever member State) allows the domestic courts to confine themselves to a formal(istic) assessment of the causal link between the infringement and the sanction, where the breach of licence conditions (the cause) automatically entails the sanction of “renewal” of imprisonment (the effect). It was not the Chamber’s intention to imply such a reading of this judgment.

24. Still, the Chamber’s silence on *Brown* (ibid.) and much of the other pertinent case-law may provoke the reader to ask all sorts of questions.

25. For example, would the Court – in the event of only nominal judicial review based on a mechanical perception of causality being exercised at the domestic level – be satisfied that the “effect” is assessed by the domestic courts as “harsh” but nevertheless “not disproportionate”? And would the Court dismiss a hypothetical complaint under Article 5 § 4, holding that it is “so weak” that it is “not even worth proceeding to a [judgment]”?

26. These questions, albeit rhetorical, remain open. And they remain open because (once again) a message not sent is a message not received; or (still worse) a message misperceived.