



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

DEUXIÈME SECTION

AFFAIRE HIDIR DURMAZ c. TURQUIE (N° 2)

(Requête n° 26291/05)

ARRÊT

*Cet arrêt a été révisé conformément à l'article 80 du règlement de la Cour
par un arrêt prononcé le 24 avril 2012*

STRASBOURG

12 juillet 2011

DÉFINITIF

24/07/2012

*Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut
subir des retouches de forme.*

En l'affaire Hidir Durmaz c. Turquie (n° 2),

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

Françoise Tulkens, *présidente*,

Danutė Jočienė,

David Thór Björgvinsson,

Giorgio Malinverni,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Paulo Pinto de Albuquerque, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 5 avril 2011,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 26291/05) dirigée contre la République de Turquie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Hidir Durmaz (« le requérant »), a saisi la Cour le 2 juin 2005 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant a été représenté par M^e M.A. Kırdök, avocat à Istanbul. Le gouvernement turc (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent.

3. Le 29 juin 2009, la présidente de la deuxième section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond.

EN FAIT**I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

4. Le requérant est né en 1954 et réside à Izmir.

5. Le requérant fut placé en garde à vue le 11 août 1995 puis en détention provisoire le 24 août suivant. Le 14 juillet 1998, il fut condamné à une peine de prison de 14 ans et 7 mois par la cour d'assises d'Adana.

6. Le 2 décembre 1998, sa détention au titre de cette condamnation fut suspendue durant 3 mois et 10 jours.

7. Le 12 octobre 2004, le nouveau code pénal fut publié au journal officiel. Son entrée en vigueur fut initialement fixée au 1^{er} avril 2005. Cette date fut par la suite reportée au 1^{er} juin 2005.

8. Ce texte, qui est toujours en vigueur, prévoit pour l'infraction commise par le requérant une peine de prison comprise entre 5 et 10 ans alors que l'ancien code prévoyait une peine pouvant aller de 10 à 15 ans.

9. Le 22 octobre 2004, le requérant soumit à la cour d'assises d'Adana une demande de suspension de l'exécution de sa peine. Il soutint qu'après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, sa peine devait être réduite, dans le cadre d'une procédure d'adaptation, à 7 ans et 6 mois en raison de dispositions plus douces et fit valoir qu'il avait d'ores et déjà purgé une peine de plus de 8 ans et 11 mois.

10. Le 4 novembre 2004, l'assemblée nationale adopta une loi concernant les modalités d'entrée en vigueur et de mise en œuvre du nouveau code pénal (loi n° 5252). Cette législation prévoyait que les personnes dont la condamnation était devenue définitive et qui avaient déjà subi une période de détention supérieure ou équivalente à la peine encourue sous l'empire de la nouvelle loi bénéficieraient, sur décision judiciaire, d'un sursis à l'exécution de leur peine. Elle fut publiée au journal officiel le 13 novembre 2004.

11. Le 24 décembre 2004, la cour d'assises fit droit à la demande de sursis à l'exécution de la peine du requérant et ordonna sa libération.

12. Elle indiqua à cet égard qu'après l'entrée en vigueur du code pénal, sa peine pourrait, en vertu des dispositions plus douces de la nouvelle législation, être ramenée à un niveau qui lui permettrait, eu égard à la période déjà purgée, de bénéficier d'une libération conditionnelle.

13. L'ordonnance de remise en liberté fut télécopiée le jour même au parquet et à l'administration pénitentiaire d'Edirne, ville où le requérant était incarcéré.

14. Quant au dossier d'exécution, il fut posté le jeudi 30 décembre 2004 et parvint à Edirne le lundi 3 janvier 2005, date à laquelle le requérant fut remis en liberté.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

15. L'article 141 § 1 du CPP dispose :

« Toute personne peut réclamer à l'Etat la réparation de tous ses préjudices, tant sur le plan moral que sur le plan matériel :

(...)

f) lorsqu'elle a été condamnée mais que le délai de garde à vue et de détention provisoire a dépassé la durée de la condamnation prononcée ou que l'infraction commise n'était punie par la loi que d'une peine d'amende. »

16. Aux termes de l'article 1 de la loi n° 466 sur l'octroi d'indemnités aux personnes illégalement arrêtées ou détenues :

« Seront compensés par l'Etat les dommages subis par toute personne :

6. qui, après avoir été arrêtée ou mise en détention de manière conforme à la loi, aura bénéficié d'un non-lieu, d'une relaxe, d'un acquittement ou d'un jugement la dispensant d'une peine. »

17. L'article 10 de la loi n° 5252 se lit comme suit :

« L'exécution des peines qui sont devenues définitives avant le 1^{er} juin 2005 sera suspendue ou reportée en application de l'article 402 du code de procédure pénale, après un examen à la lumière des dispositions plus douces de cette loi [le nouveau code pénal]. »

18. Quant à l'article 402 du code de procédure pénale, il prévoit la possibilité de demander à un tribunal d'ordonner un sursis à l'exécution d'une peine lorsqu'il y a un doute sur l'interprétation du dispositif du jugement de condamnation ou sur le calcul de la peine ou encore lorsqu'il y a un motif pour ne pas exécuter la peine. Cette disposition prévoit en outre qu'une telle demande ne peut avoir pour effet automatique de suspendre l'exécution d'une peine, seul un tribunal pouvant ordonner un tel sursis.

EN DROIT

I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION

19. Invoquant l'article 5 § 1 de la Convention, le requérant se plaint de ne pas avoir été libéré à la date de publication au journal officiel du nouveau code pénal. Il allègue en outre que son maintien en détention pendant dix jours, du 24 décembre 2004 au 3 janvier 2005, en dépit de l'ordonnance de la cour d'assises d'Adana suspendant l'exécution de sa peine, constitue une privation de liberté non conforme à la loi. Invoquant l'article 5 § 5 de la Convention, il se plaint en outre de l'absence d'un droit à réparation pour les dommages causés par ce maintien en détention qu'il estime illégal.

Les passages pertinents de la Convention sont ainsi libellés :

« 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;

(...)

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation. »

20. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

21. La Cour estime que l'examen des griefs du requérant nécessite de faire une distinction entre la période de détention allant de la date de publication du nouveau code pénal au journal officiel à celle de l'ordonnance de libération, d'une part, et la période comprise entre ladite ordonnance et la mise en liberté effective, d'autre part.

A. Sur les griefs relatifs à la détention entre le 12 octobre et le 24 décembre 2004

22. La Cour relève que la cour d'assises d'Adana a fait droit à la demande du requérant et ordonné sa libération provisoire le 24 décembre 2004.

23. Le grief de ce dernier porte sur le fait que cette ordonnance ne soit pas intervenue plus tôt. En effet, il considère qu'elle aurait dû être prise à la date de publication du nouveau code pénal ou du moins immédiatement après sa demande et en tout cas bien avant le 24 décembre 2004.

24. La Cour relève en premier lieu que le requérant a été détenu jusqu'au 24 décembre 2004 en vertu d'une condamnation judiciaire, à savoir l'arrêt de la cour d'assises d'Adana du 14 juillet 1998 prononçant une peine de 14 ans et 7 mois d'emprisonnement. Cette détention s'analyse donc *a priori* en une détention régulière.

25. Elle rappelle ensuite que l'article 5 § 1 a) de la Convention ne garantit pas, en tant que tel, à un condamné le droit de bénéficier d'une loi d'amnistie ni d'être mis d'une façon anticipée en liberté conditionnelle ou définitive (*Mouesca c. France* (déc.), n° 52189/99, 18 octobre 2001, *İrfan Kalan c. Turquie* (déc.), n° 73561/01, 2 octobre 2001, ou, dernièrement, *Çelikkaya c. Turquie* (déc.), n° 34026/03, § 60, 1^{er} juin 2010).

26. Toutefois, il pourrait en aller autrement lorsque les juridictions internes sont tenues, en l'absence de tout pouvoir discrétionnaire, d'appliquer une telle mesure à toute personne remplissant les conditions fixées par la loi pour en bénéficier (*Grava c. Italie*, n° 43522/98, § 43, 10 juillet 2003, et *Pilla c. Italie*, n° 64088/00, § 41, 2 mars 2006). Dans les deux affaires susmentionnées, la Cour a conclu à la violation de l'article 5 § 1 de la Convention au motif que les décisions judiciaires définitives concernant les demandes de remise de peine des requérants étaient intervenues à un stade trop tardif - en l'occurrence après leur libération - et qu'ils avaient purgé des peines supérieures à celles qu'ils auraient dû en cas d'octroi du bénéfice sollicité.

27. A cet égard, elle constate que la publication du nouveau code pénal n'octroyait aucun droit à une remise de peine ou à une libération conditionnelle. En effet, l'entrée en vigueur du texte était prévue pour le

1^{er} juin 2005 et c'est, en principe, seulement à partir de cette date que le requérant pouvait prétendre, et ce dans le cadre d'une procédure dite d'adaptation (*uyarlama davası*), à une modification du *quantum* de sa peine en vertu des dispositions plus douces du nouveau code pénal.

28. Toutefois, bien que le *quantum* de la peine prononcée le 14 juillet 1998 ne fût pas susceptible d'être modifié avant l'entrée en vigueur du nouveau code, le législateur a adopté une disposition légale (article 10 de la loi n° 5252, voir paragraphe 17), applicable dès le 13 novembre 2004 qui offrait la possibilité de suspendre l'exécution de cette peine, dans l'attente de l'entrée en vigueur dudit code.

29. C'est sur le fondement de ce texte que la cour d'assises a fait droit à la demande de libération provisoire du requérant en considérant qu'après l'entrée en vigueur du code pénal sa peine pourrait, en vertu des dispositions plus douces de la nouvelle législation, être ramenée à un niveau qui lui permettrait, eu égard à la période déjà purgée, de bénéficier d'une libération conditionnelle.

30. Il importe peu ici de déterminer si la juridiction interne disposait ou pas d'un pouvoir discrétionnaire. En effet, la Cour relève que celle-ci a octroyé au requérant le bénéfice sollicité très peu de temps - un peu plus d'un mois - après l'entrée en vigueur de la loi n° 5252 et longtemps avant l'entrée en vigueur du nouveau code. Elle note que le dispositif mis en place par cette loi concernait l'ensemble des détenus définitivement condamnés et estime que l'on ne pouvait attendre des juridictions nationales qu'elles statuent sur l'ensemble des demandes immédiatement après l'entrée en vigueur de la loi n° 5252. D'ailleurs, aucun texte n'exigeait qu'une décision au sujet d'une telle demande soit rendue immédiatement après le 13 novembre, date de l'entrée en vigueur de ladite loi. Dès lors, la Cour considère que l'octroi de ce bénéfice, qui a permis au requérant d'écourter son séjour en prison de plus de cinq mois, ne saurait être regardé comme ayant eu lieu à un stade trop tardif.

31. En conséquence, le requérant n'a pas subi, jusqu'au 24 décembre 2004, de période de détention supérieure à celle correspondant à la sanction résultant de l'application du droit national et compte tenu des bénéfices auxquels il pouvait prétendre. En d'autres termes, la détention antérieure à cette date était régulière au sens de la Convention.

32. Il s'ensuit que le grief tiré de l'article 5 § 1 est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

33. S'agissant du grief tiré de l'article 5 § 5 de la Convention, la Cour rappelle que le droit à réparation énoncé par cet article suppose qu'une violation de l'un des autres paragraphes ait été établie par une autorité nationale ou par la Cour (*N.C. c. Italie* [GC], n° 24952/94, § 49, CEDH 2002-X). Cette condition n'ayant pas été remplie dans les circonstances de la cause, la Cour estime que l'article 5 § 5 de la Convention ne trouve pas à

s'appliquer en l'espèce. Il s'ensuit que ce grief est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention et qu'il doit lui aussi être rejeté, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de celle-ci.

B. Sur les griefs relatifs à la détention après le 24 décembre 2004

1. Sur la recevabilité

34. En ce qui concerne ces griefs, le Gouvernement soulève une exception de non-épuisement des voies de recours internes. Il reproche en effet au requérant de n'avoir pas utilisé les voies de recours offertes par l'article 1 § 6 de la loi n° 466 et l'article 141 § 1 f) du nouveau code de procédure pénale. Par ailleurs, il soutient que le requérant aurait pu introduire un recours de plein contentieux devant le tribunal administratif en vue d'obtenir une indemnité en vertu de l'article 125 de la Constitution et de l'article 13 de du code du contentieux administratif.

35. En outre le gouvernement indique qu'au cas où la Cour viendrait à conclure à l'absence de voie de recours interne, les griefs devraient être rejetés pour non-respect du délai de six mois prévu à l'article 35 § 1 de la Convention.

36. Le requérant estime que les voies citées par le Gouvernement ne constituent pas des recours efficaces à épuiser avant de saisir la Cour.

37. La Cour relève que les voies de recours prévues par le code de procédure pénale et la loi n° 466 cités par le Gouvernement concernent les périodes de détention provisoire qui étaient régulières au moment où elles ont été subies car ordonnées par l'autorité judiciaire. Or, d'une part le requérant n'était pas en détention provisoire dans l'attente d'un jugement mais condamné et d'autre part la détention litigieuse n'avait pas été ordonnée par un juge mais a été infligée sans titre. En tout état de cause, le Gouvernement ne fournit aucun exemple où des victimes de faits similaires auraient pu faire valoir leurs droits par l'usage de ces voies.

38. Quant au recours de plein contentieux, la Cour a déjà eu l'occasion d'indiquer qu'il ne constituait pas une voie de recours à épuiser (voir *Talay c. Turquie*, n° 34806/03, §§ 18-19, 22 septembre 2009, ou *Değerli et autres c. Turquie*, n° 18242/02, §§ 16-19, 5 février 2008). Elle ne voit en l'espèce aucune raison de se départir de ses conclusions antérieures.

39. En ce qui concerne l'exception tirée du délai de six mois, la Cour observe que la remise en liberté du requérant a été ordonnée le 24 décembre 2004, que celui-ci a été effectivement libéré le 3 janvier 2005 et qu'il a introduit sa requête le 2 juin suivant, c'est-à-dire dans le délai imparti à l'article 35 § 1 de la Convention.

40. En conséquence, la Cour rejette les exceptions d'irrecevabilité du Gouvernement.

41. Elle constate en outre que les griefs du requérant ne sont pas manifestement mal fondés au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et qu'ils ne se heurtent à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de les déclarer recevables.

2. Sur le fond

a) Grief tiré de l'article 5 § 1

42. Le requérant soutient qu'il a été privé de sa liberté de manière illégale entre le 24 décembre 2004 et le 3 janvier 2005.

43. Le Gouvernement indique que le dossier d'exécution envoyé depuis Adana est parvenu au parquet d'Edirne le 3 janvier 2005, date à laquelle le requérant a été immédiatement libéré.

44. La Cour rappelle d'abord que la liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5 § 1 revêt un caractère exhaustif et que seule une interprétation étroite cadre avec le but de cette disposition : assurer que nul ne soit arbitrairement privé de sa liberté (voir, notamment, *Giulia Manzoni c. Italie*, 1^{er} juillet 1997, § 25, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV).

45. Par ailleurs, tout en reconnaissant qu'un certain délai pour l'exécution d'une décision de remise en liberté est souvent inévitable, la Cour rappelle qu'il doit être réduit au minimum (*Giulia Manzoni*, précité, § 25 *in fine*). Aussi les formalités administratives liées à la libération ne peuvent-elles justifier un délai supérieur à quelques heures (*Nikolov c. Bulgarie*, n° 38884/97, § 82, 30 janvier 2003). La Cour doit donc examiner avec une vigilance particulière les griefs relatifs à des retards pris dans l'exécution d'une décision de remise en liberté (*Bojinov c. Bulgarie*, n° 47799/99, § 36, 28 octobre 2004).

46. La Cour observe que les faits de la présente affaire la distinguent de celles où il s'agit d'une décision de remise en liberté définitive. Toutefois, même si le requérant ne bénéficiait que d'une suspension de l'exécution de sa peine, celle-ci avait été décidée et ordonnée par un tribunal.

47. La Cour considère que les motifs mis en avant par le Gouvernement ne peuvent justifier le retard de dix jours observé en l'espèce. Elle rappelle à ce propos que les Etats contractants, afin d'assurer le respect du droit à la liberté des personnes relevant de leur juridiction, doivent prendre les mesures nécessaires pour exécuter sans délai les ordonnances de remise en liberté (*Değerli et autres*, précité, § 25).

48. A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut que le maintien en détention provisoire du requérant pendant les dix jours consécutifs à l'ordonnance de remise en liberté a enfreint l'article 5 de la Convention, faute de reposer sur l'un des buts autorisés par le premier paragraphe de cette disposition.

49. Dès lors, il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention.

b) Grief tiré de l'article 5 § 5

50. Le requérant soutient n'avoir disposé d'aucune voie de réparation pour son maintien en détention dans des conditions contraires aux dispositions de l'article 5 § 1 de la Convention.

51. Le Gouvernement réitère ses observations relatives à l'existence de voies de recours adéquates (paragraphes 34 et 35 ci-dessus).

52. La Cour rappelle que les dispositions de la loi n° 466 et du code de procédure pénale relatives à l'indemnisation des personnes ayant subi une privation de liberté irrégulière citées par le Gouvernement ne concernent pas les circonstances examinées en l'espèce, à savoir le retard dans la remise en liberté consécutive à la suspension de l'exécution de la peine du requérant (paragraphe 37 ci-dessus). Elle rappelle également qu'elle a écarté l'argument du Gouvernement relatif au recours de plein contentieux pour son caractère purement hypothétique (paragraphe 38 ci-dessus).

53. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure qu'il y a eu violation de l'article 5 § 5.

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

54. 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. »

55. Le requérant réclame 20 000 euros (EUR) pour préjudice moral.

56. Le Gouvernement considère qu'il n'y a pas de lien de causalité entre le dommage allégué et la violation constatée et que le montant réclamé est en tout état de cause manifestement excessif. Il estime que le constat de violation constitue en soi une satisfaction amplement suffisante.

57. Statuant en équité, la Cour considère qu'il y a lieu d'octroyer au requérant 9 000 EUR au titre du dommage moral.

58. Le requérant demande également 3 000 EUR pour les honoraires d'avocat et 230 livres turques (TRY) pour les frais exposés pour la procédure devant la Cour. Il joint en annexe un protocole signé avec son avocat faisant état d'honoraires à payer, ainsi qu'un décompte des heures consacrées par celui-ci à l'affaire. Il ne fournit aucun justificatif pour les autres frais.

59. Le Gouvernement conteste l'ensemble de ces prétentions.

60. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, compte tenu des documents en sa possession et des critères

susmentionnés, la Cour estime raisonnable la somme de 2 000 EUR tous frais confondus et l'accorde au requérant.

61. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable quant aux griefs tirés de l'article 5 §§ 1 et 5 de la Convention en ce qui concerne la détention subie entre le 24 décembre 2004 et le 3 janvier 2005 ;
2. *Déclare*, à la majorité, la requête irrecevable pour le surplus ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention ;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 5 § 5 de la Convention ;
5. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 9 000 EUR (neuf mille euros), pour dommage moral, et 2 000 EUR (deux mille euros), pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par le requérant,;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
6. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 12 juillet 2011, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith
Greffier

Françoise Tulkens
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée du juge P. Pinto de Albuquerque.

F.T.
S.H.N.

OPINION EN PARTIE CONCORDANTE ET EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE

(Traduction)

1. La présente affaire concerne, de manière générale, le retard dans l'application d'une loi pénale plus favorable. La nouvelle loi turque sub judice, la loi n° 5252, a été approuvée par le Parlement national turc le 4 novembre 2004 et est entrée en vigueur le 13 novembre 2004. Selon l'article 10 de cette loi, l'exécution de toutes les peines d'emprisonnement qui seraient devenues définitives avant le 1er juillet 2005 devait être suspendue. Bien que le requérant ait demandé la suspension de sa peine d'emprisonnement le 22 octobre 2004, le tribunal d'Adana n'a décidé de le libérer que le 24 décembre 2004 et la libération elle-même n'est survenue que le 3 janvier 2005.

2. Je souscris à l'avis de la majorité concernant le constat de violation de l'article 5 § 1 de la Convention quant au retard survenu entre le 24 décembre 2004 et le 3 janvier 2005. Il y a eu effectivement violation du droit à la liberté garanti par l'article 5 de la Convention puisque le retard dans l'exécution de la décision du tribunal d'Adana était dépourvu de base légale. La liste d'exceptions au droit à la liberté garanti par l'article 5 § 1 est exhaustive, et seule une interprétation étroite de ces exceptions peut se concilier avec le but de ces dispositions, à savoir garantir que nul ne soit arbitrairement privé de sa liberté. La Cour est d'avis, depuis l'affaire de principe *Quinn c. France* (n° 18 580/91, 22 mars 1995) qu'un retard de quelques heures dans l'exécution d'une décision judiciaire de libération enfreint l'article 5 § 1. Cette jurisprudence a été ultérieurement confirmée par la Grande Chambre en l'affaire *Labita c. Italie* (n° 26 772/95, 6 avril 2000) et a même été étendue à la phase antérieure au jugement dans les affaires *Mancini c. Italie* et *Nikolov c. Bulgarie* (respectivement n° 44 955/98, 2 août 2001 et n° 38 880 4/97, 30 janvier 2003).

A l'instar de la majorité, j'estime qu'il y a eu violation de l'article 5 § 5 de la Convention étant donné que le requérant n'a bénéficié d'aucune voie de réparation pratique et effectif de sa privation de liberté injustifiée. Ni le code de procédure pénale, ni la loi n° 466 ou le droit administratif ne prévoyaient de moyens adéquats pour remédier pleinement à la situation du requérant, ainsi que la Cour l'a dit dans les affaires similaires citées à juste titre par la majorité.

Enfin, je suis d'accord avec l'application de l'article 41 de la Convention.

3. Je regrette de ne pouvoir souscrire entièrement à l'avis de la majorité de la chambre. La partie dissidente de mon opinion porte sur la période entre le 13 novembre 2004 et le 24 décembre de la même année. A cet égard, la majorité estime que les griefs concernant la privation illégale de liberté étaient manifestement mal fondés puisque, et je cite l'argument le plus important, *« l'on ne pouvait attendre des juridictions nationales qu'elles statuent sur l'ensemble des demandes immédiatement après l'entrée en vigueur de la loi n° 5252 »*. La majorité ajoute qu'aucun délai formel n'a été fixé par le législateur, qui aurait imposé qu'une décision judiciaire soit prise immédiatement après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi pénale.

Avec tout le respect que je dois à la majorité, ces deux arguments ne me convainquent pas.

3.1 Premièrement, le texte de la nouvelle loi pénale ne laisse place à aucun doute concernant sa force contraignante. Le libellé de la loi turque applicable dit « sera suspendu », ce qui ne laisse place à aucun pouvoir discrétionnaire des tribunaux pour ne pas appliquer la nouvelle loi dans tous les cas relevant de son champ d'application. Cette nouvelle loi pénale a une nature clairement contraignante, et les tribunaux devaient l'appliquer sans se permettre aucune discrétion.

3.2 Deuxièmement, les conditions d'application de la nouvelle loi pénale étaient réunies dès le 13 novembre 2004, soit le jour de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi pénale, le requérant ayant présenté sa demande de suspension de sa peine d'emprisonnement requise par la loi dès le 22 octobre 2004.

3.3 Troisièmement, si une loi pénale plus favorable entre en vigueur et les conditions légales de son application sont déjà réunies dans une affaire donnée, elle doit s'appliquer à cette affaire dans le délai le plus court possible, c'est-à-dire au jour de l'entrée en vigueur de la loi, si ce jour est un jour ouvrable, et, dans le cas contraire, le jour ouvrable suivant. Tout retard dans l'application d'une loi pénale plus favorable qui détermine de manière impérative la suspension d'une peine d'emprisonnement enfreint l'article 5 § 1 de la Convention. La détention qui en résulte n'a pas plus de base légale que la détention ultérieure à la décision juridictionnelle de libération du 24 décembre 2004. Prendre plus d'un mois pour appliquer une loi pénale plus favorable qui aurait permis de libérer la personne condamnée est en réalité inadmissible, eu égard à la norme stricte, évoquée ci-dessus, consacrée par la Convention.

3.4 Quatrièmement, si tout tribunal pouvait appliquer une loi pénale plus clémentielle seulement en fonction de son agenda, cela aboutirait à des différences de traitement des personnes condamnées. Certaines d'entre elles seraient libérées plus tôt que d'autres, en fonction de la vigilance ou de la négligence de la juridiction compétente. L'intention du législateur d'accorder un bénéfice égal à toutes les personnes condamnées serait gravement ignorée. En d'autres termes, le retard de l'ordre judiciaire à appliquer une loi pénale plus favorable n'est pas moins critiquable que le retard de l'administration à exécuter une décision juridictionnelle de libération d'un condamné. Dans le premier cas, le judiciaire passe outre la volonté du législateur. Dans le deuxième cas, l'administration passe outre la volonté du judiciaire. Dans les deux cas, il y a violation manifeste du principe de la séparation des pouvoirs.

4. Cet aperçu général de la question juridique en jeu dans cette affaire conduit à celle de la responsabilité de l'Etat turc pour le retard constaté dans l'affaire de M. Hidir Durmaz. Etant donné que la requête a été introduite le 6 juin 2005 et que la violation alléguée de l'article 5 de la Convention est survenue de manière continue entre le 12 octobre 2004 et le 3 janvier 2005, la condition temporelle de l'article 35 de la Convention a été respectée, y compris en ce qui concerne la détention avant la décision juridictionnelle du 24 décembre 2004.

Selon l'article 45 § 2 de la Convention, les opinions dissidentes ne peuvent se rattacher qu'aux arrêts pris la Cour, et non à ses décisions. Lorsque l'arrêt lui-même intègre une décision sur les questions de recevabilité, on peut discuter du point de savoir si une opinion dissidente est autorisée. Il y a deux points de vue différents sur la question : selon le premier, une opinion dissidente dans ce cas n'est pas admise, dès lors que l'arrêt sur le fond est complètement distinct de la décision sur la recevabilité, et donc l'examen conjoint des questions de fond et de recevabilité n'a qu'un caractère formel et accidentel qui ne modifie pas la nature fondamentalement différente de ces questions. Selon le point de vue opposé, l'examen conjoint du fond et de la recevabilité crée une nouvelle entité par rapport à ses deux parties constitutives et donc engendre un texte unique et unifié qui relève des règles procédurales de l'article 45 § 2 de la Convention. Le nouveau libellé de l'article 29 de la Convention vient clairement appuyer ce point de vue, en ce qu'il prévoit une règle selon laquelle la chambre décide sur la recevabilité et le fond de chaque requête et, simultanément, prévoit que, par exception, une décision sur la recevabilité peut être prise séparément (voir, pour une typologie des opinions séparées, Florence Rivière, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruyant, 2004, pp. 104–132).

6. Quoi qu'il en soit, il existe une limite procédurale à cette approche de la Cour, limite qui tient manifestement au principe du contradictoire. Aucune violation de la Convention ne peut être constatée si le gouvernement répondeur n'a pas eu la possibilité de commenter le grief du requérant (voir également dans ce sens, Dean Spielmann, *Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme*, Journal des Tribunaux, 2007, p. 310).

7. En l'espèce, il faut garder à l'esprit que l'Etat défendeur n'a pas été entendu sur le sujet du retard survenu entre le 12 octobre 2004 et le 24 décembre de la même année. En considérant que les griefs relatifs à cette période étaient manifestement mal fondés, la majorité n'a pas permis à l'Etat défendeur d'exprimer son point de vue sur ce grief. Eu égard au caractère contradictoire de la procédure devant la Cour, l'Etat défendeur aurait dû avoir l'occasion de formuler des observations sur ce grief. Etant donné que tel n'a pas été le cas, ce même principe empêche un constat de violation de la Convention concernant la période de détention antérieure au 24 décembre 2004.

8. La présente affaire pose une question incidente, mais importante. Elle porte en effet sur un type spécial de lois pénales. La loi turque en question introduit des dispositions pénales plus favorables qui ne modifient pas la qualification pénale des faits mais change la peine prévue pour ceux-ci, même dans les affaires où les faits ont déjà donné lieu à une décision définitive. En réalité, le législateur turc a expressément déclaré que le bénéfice de la suspension des peines d'emprisonnement était applicable aux peines qui étaient déjà devenues définitives. Cela signifie que l'application de la nouvelle loi pénale turque n'est pas limitée par le principe *non bis in idem*. Les lois de cette nature suscitent un débat doctrinal important partout dans le monde. Le choix de la politique pénale qu'implique ce type de lois fait l'objet de discussions sur les plans philosophiques et politiques mais aussi sous l'angle des droits de l'homme.

9. La situation législative actuelle en Europe peut être décrite comme suit. Trois types de solutions juridiques existent. Certains pays, comme l'Allemagne et la Suisse, interdisent la rétroactivité d'une loi pénale plus favorable lorsqu'une décision judiciaire a déjà été prise, même si cette décision n'est pas définitive (voir le § 2 (3) du code pénal allemand et le § 354a du code de procédure pénale allemand, qui a été interprété de manière restrictive par la Cour fédérale et une partie de la doctrine allemande ; pour un aperçu des différentes positions, voir Manfred Maiwald, annotation 4 au § 354a du code de procédure pénale dans : Dölling, Duttge et Rössner, *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, Baden-

Baden, Nomos 2008 ; en ce qui concerne la Suisse, voir l'article 2 § 2 du code pénal suisse et les commentaires de Günther Stratenwerth et Wolfgang Wohlers, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, Bern, Editions Stämpfli, 2007, annotation 2 à l'article 2 du code pénal). Un deuxième groupe de pays, comprenant la France et l'Italie, prévoient la non-rétroactivité d'une loi pénale plus favorable lorsque l'affaire a déjà fait l'objet d'une décision juridictionnelle définitive (voir article 112-1 du code pénal français et commentaire de Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, *Droit pénal général*, 15^e édition, Paris, Economica, 2008, p. 294 ; en ce qui concerne l'Italie, voir article 2 du code pénal italien et le commentaire de Mario Romano, *Commentario sistematico del Codice Penale*, I, Art. 1-84, Milan, éditions Giuffrè, 1987, p. 56). Enfin, un troisième groupe de pays, notamment l'Espagne et le Portugal, autorisent la rétroactivité d'une loi pénale plus favorable même quand l'affaire a déjà été définitivement tranchée par une décision juridictionnelle (voir article 2 du code pénal espagnol et commentaire de Quintero Olivares et Morales Prats, *Commentarios al Código Penal*, vol. I, partie générale, 5^e édition, Madrid, éditions Thomson/Aranzadi, 2008, p. 72 ; en ce qui concerne le Portugal, voir l'article 2 du code pénal portugais et le commentaire de Figueiredo Dias, *Direito Penal*, partie générale, vol. I, éditions Coimbra, 2007, p. 202). La loi turque *sub judice* relève de ce dernier groupe de pays.

10. La compatibilité des normes juridiques de ce troisième groupe d'Etats avec l'article 7 de la Convention et avec l'article 4 du Protocole n° 7 est très contestée par la doctrine. En effet, il a déjà été écrit que « *En revanche, s'agissant des autres peines privatives de liberté ou des amendes, le moment où la condamnation devient définitive devrait être considéré comme le terminus ad quem de l'obligation de faire rétroagir la loi pénale la plus douce* » (Françoise Tulkens et Sébastien Van Drooghenbroeck, avec Dominique Caccamisi, annotation de l'article 15, dans Emmanuel Decaux, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, p. 372, cette opinion étant dominante dans la littérature internationale en matière de droits de l'homme, notamment Manfred Novak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2^e édition, Kehl/Arlington, N.P. Engel Publisher, 2005, p. 366 ; Walter Gollwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren, MRK und IPBPR Kommentar*, Berlin, éditions De Gruyter, 2005, p. 438 ; Sarah Joseph, Jenny Schultz et Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary*, 2^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 468 ; et T. Opsahl et A. de Zayas, *The uncertain scope of Article 15 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Canadian Human Rights Yearbook, 1983, vol. 1, p. 248)

Il importe de dire ici explicitement que, en appliquant la loi turque et en constatant une violation de la Convention, la majorité de la Cour, et moi-même en tant que juge dissident, n'avons pas tranché l'autre question fondamentale de la compatibilité de la norme posée par le droit pénal turc avec l'article 7 de la Convention et avec l'article 4 du Protocole n° 7. Ni le requérant ni le Gouvernement n'ont soulevé cette question, qui reste ouverte à d'autres débats doctrinaux.