

Projet de loi

portant création et organisation du Centre de rétention et modifiant

- 1. le Code de la sécurité sociale,**
- 2. la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.**

Avis du Conseil d'Etat

(31 mars 2009)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat du 24 octobre 2008, le Conseil d'Etat a été saisi du projet de loi sous objet, élaboré par le ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration.

Au texte du projet de loi proprement dit étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles ainsi que la fiche financière requise en vertu de l'article 79 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat.

Le 25 février 2009, le Conseil d'Etat a encore eu communication de l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics.

*

Considérations générales

Le projet de loi sous examen s'avère un complément nécessaire à la loi du 24 août 2007 relative à la construction d'un Centre de Rétention et à la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration. La seconde de ces deux lois a réglé (section 2. *Le placement en rétention*, du chapitre 5.- *L'éloignement*) les conditions dans lesquelles un étranger, qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement ou d'une décision de refus d'entrée sur le territoire luxembourgeois, peut être placé en rétention dans une structure fermée. La première des deux lois mentionnées comporte l'autorisation du Gouvernement de construire les infrastructures immobilières servant à abriter une telle structure fermée, sous forme d'un Centre de rétention, implanté à Kalchesbréck, à côté du tronçon de la route N1 longeant l'aéroport du Findel.

Dans son avis du 6 mars 2007 relatif au projet qui est devenu la loi précitée du 24 août 2007 (*doc. parl. n° 5654¹*), le Conseil d'Etat avait rappelé les principes gouvernant le traitement de personnes à éloigner du

territoire dans le cadre de la politique communautaire de lutte contre l'immigration clandestine. En particulier, il avait une fois de plus mis en exergue l'impérieuse nécessité de transférer la structure fermée servant pour la rétention des personnes concernées de l'enceinte du Centre pénitentiaire vers un site particulier et de veiller par ailleurs à la mise en place de conditions de rapatriement « [humaines et conçues] dans le respect intégral [des] droits fondamentaux [des concernés] et de leur dignité »¹. A ce moment, il avait aussi souhaité « [être] saisi en temps opportun d'un projet de loi-cadre du service administratif à mettre en place ».

En élaborant la loi en projet, le Gouvernement a donné suite à ce dernier souhait.

Le projet de loi poursuit un double objectif. Il prévoit, d'une part, les dispositions relatives aux structures et aux modalités de fonctionnement du Centre de rétention qui revêtira la forme d'une Administration étatique. Il fixe, d'autre part, le cadre légal relatif aux conditions de rétention applicables en vue de l'éloignement ultérieur des personnes concernées.

Les auteurs soulignent que, pour ce qui concerne les dispositions relatives au second objectif, ils se sont référés explicitement aux éléments pertinents de la décision du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 4 mai 2005, qui a adopté vingt Principes directeurs sur l'éloignement et le retour forcé, ainsi qu'au chapitre IV (*Rétention à des fins d'éloignement*) du projet de directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier; ce projet est devenu entre-temps la directive 2008/115/CE².

Le Conseil d'Etat constate encore que le Centre de rétention est réservé à l'accueil de personnes adultes ainsi qu'aux personnes accompagnées d'enfants mineurs et aux familles composées d'adultes et de mineurs. Le principe N° 11 de la décision précitée du Conseil de l'Europe prévoit à ce sujet que la rétention d'enfants visés par une mesure d'éloignement constitue une mesure de dernier recours qui doit être écourtée autant que possible. L'article 17 de la directive 2008/115/CE abonde dans le même sens.

En ce qui concerne de manière générale les conditions de la rétention préalable à la mise en exécution d'une mesure d'éloignement, la décision précitée du Conseil de l'Europe énonce les conditions à respecter dans le contexte du principe N° 10. Ces conditions peuvent être résumées comme suit:

- Les infrastructures d'hébergement doivent assurer un espace de vie suffisant aux retenus et éviter toute impression d'environnement carcéral.

¹ cf. Programme de La Haye adopté par le Conseil européen réuni les 4 et 5 novembre 2004 à Bruxelles.

² cf. Journal officiel de l'Union européenne L348/99 du 24 décembre 2008: directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats-membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Des installations permettant des « formes d'activité récréatives appropriées » doivent être prévues.

- Le séjour des personnes retenues des deux sexes est en principe à organiser de manière séparée dans le respect et le souci de l'unité de la famille.
- Le contact avec l'extérieur du Centre doit être permis tant pour permettre aux personnes retenues de recourir à une assistance médicale et sociale ou de conseil que pour leur assurer la possibilité de rester au contact avec leur famille ainsi qu'avec l'actualité. La disponibilité des services d'un interprète doit être assurée.
- Le Centre de rétention doit pouvoir recourir à du personnel ayant une formation appropriée (qualification en techniques de communication interpersonnelle, connaissance des cultures des personnes retenues, connaissances linguistiques, aptitude à reconnaître d'éventuels symptômes de stress chez les retenus, ...).
- Le fonctionnement des centres de rétention doit faire l'objet de contrôles réguliers impliquant des organes indépendants et reconnus.

L'article 16 de la directive 2008/115/CE prévoit à son tour:

- que les personnes retenues sont autorisées à entrer en contact avec leurs représentants légaux, les membres de leur famille et les autorités consulaires compétentes, et qu'une attention particulière est réservée aux personnes vulnérables comportant des soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable de maladies;
- que des visites du Centre par des « organisations et instances nationales, internationales et non gouvernementales compétentes » doivent être possibles;
- que les informations utiles sur le fonctionnement du centre, sur les droits et devoirs des personnes retenues dont notamment la possibilité de contacter les instances et les organisations visées ci-avant doivent de façon systématique être communiquées dès leur arrivée aux personnes retenues.

C'est à la lumière de ces recommandations du Conseil de l'Europe et de ces exigences de la directive 2008/115/CE que le Conseil d'Etat appréciera les dispositions pertinentes du projet de loi sous examen.

Pour ce qui est plus particulièrement du contrôle des centres de rétention par des organes indépendants, le Conseil d'Etat note que les modalités de mise en oeuvre d'un tel système de contrôle sont prévues par le projet de loi n° 5849 qui fait l'objet d'un avis du Conseil d'Etat émis en date de ce jour.

Si en outre le Conseil d'Etat est suivi quant à sa proposition de supprimer le paragraphe 4 de la loi du 29 août 2008, il y aura lieu d'adapter l'intitulé en conséquence.

Examen des articles

Article 1^{er}

Cet article est censé déterminer avec les autres articles faisant partie du chapitre 1^{er}.- *Dispositions générales*, réparties sur les articles 2 à 5, les règles générales qui régissent l'accueil et le séjour dans le Centre de rétention de personnes susceptibles d'être éloignées.

Le Conseil d'Etat se demande si l'article 2 y a sa place, alors que les dispositions prévues ont trait à des questions d'organisation fonctionnelle du Centre auxquelles est réservé le chapitre 3 du projet de loi.

Par ailleurs, s'il est sous-entendu que le Centre fonctionne dans l'enceinte du site identifié dans la loi du 24 août 2007, le Conseil d'Etat rappelle qu'en cas d'afflux massif de ressortissants de pays tiers les infrastructures en place pourraient s'avérer temporairement trop exigües. Aussi recommande-t-il de prévoir cette situation dans le cadre légal à mettre en place, dans l'optique de permettre aux autorités publiques de recourir exceptionnellement et passagèrement à d'autres infrastructures appropriées susceptibles de faire pour de brèves périodes fonction de dépendances du Centre de rétention.

Quant au paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er}, il y a lieu de se limiter à l'essence de la mission du Centre, en reléguant au chapitre 3 les questions d'encadrement des retenus. Le Conseil d'Etat recommande par ailleurs de s'en tenir à la terminologie légale en vigueur en parlant de « structure fermée ». Sur le plan rédactionnel, il y a encore lieu d'écrire que le Centre « a pour mission » (au lieu de « est chargé ») d'accueillir et d'héberger les personnes visées, et de remplacer les parenthèses par des virgules.

L'évocation du respect de la dignité humaine des personnes retenues est redondante par rapport aux dispositions de l'article 3.

Le Centre de rétention est censé fonctionner comme Administration publique placée sous la responsabilité du ministre ayant l'Immigration dans ses attributions. Le terme « tutelle » est usuellement employé pour définir la relation hiérarchique du ministre de l'Intérieur avec les communes ou encore celle du ministre compétent avec l'établissement public créé dans le cadre des attributions relevant de son ressort. Il convient dans le contexte sous examen de parler de l'autorité que le ministre compétent exerce sur le Centre.

Dans les conditions données, le Conseil d'Etat propose de libeller comme suit l'article 1^{er}:

« **Art. 1^{er}.** (1) Le Centre de rétention, ci-après dénommé le Centre, est une structure fermée qui a pour mission d'accueillir et d'héberger les personnes faisant l'objet d'une mesure de placement, prise en application de l'article 120 de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration ou de l'article 10 de la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et des formes complémentaires de protection et, le cas échéant, de les préparer à leur éloignement vers leurs pays d'origine ou leur pays de provenance.

(2) Le Centre est placé sous l'autorité du ministre ayant l'Immigration dans ses attributions, ci-après dénommé le ministre. »

Article 2

Conformément à son observation introductive à l'endroit de l'article 1^{er}, le Conseil d'Etat estime que les dispositions de cet article ont leur place au chapitre 3. Elles s'avèrent d'ailleurs redondantes par rapport à celles de l'article 13.

Le Conseil d'Etat propose de supprimer dès lors l'article 2. Quant au sort des dispositions en question, il renvoie à ses observations concernant l'article 13 du projet de loi.

Article 3 (2 selon le Conseil d'Etat)

Le nouveau libellé que le Conseil d'Etat propose de réserver à l'article 1^{er} permet de supprimer la redondance entre l'article 1^{er} et l'article sous examen pour ce qui est du respect de la dignité humaine des personnes.

Quant au deuxième paragraphe, le Conseil d'Etat éprouve certaines hésitations pour ce qui est de la possibilité de restreindre l'exercice des droits solennellement rappelés au paragraphe 1^{er} « dans la mesure requise par la privation de liberté », surtout que le commentaire des articles se réfère uniquement à la restriction de l'exercice des droits des retenus « dans la stricte mesure du nécessaire pour assurer le bon fonctionnement du Centre ». En tout état de cause, une privation de liberté, qu'elle ait un caractère pénal ou administratif, ne saurait être envisagée que dans le respect des exigences de l'article 12 de la Constitution et de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Le Conseil d'Etat s'oppose dès lors formellement au maintien du texte lui soumis et il propose de rédiger comme suit l'article sous examen:

« **Art. 2.** Les personnes placées dans le Centre, ci-après dénommées les retenus, ont droit au respect et à la protection de leur dignité, de leur intégrité physique et psychique et de leurs convictions religieuses et philosophiques.

L'exercice des droits des retenus ne peut être restreint que dans la stricte limite des exigences tenant à la vie collective dans le Centre ou nécessaires pour assurer le bon fonctionnement du Centre. Les

mesures de restriction doivent être rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées au but poursuivi. »

Article 4 (3 selon le Conseil d'Etat)

En vue d'assurer le parallélisme avec le texte que le Conseil d'Etat a proposé de donner à l'article qui précède, il propose de reformuler comme suit la deuxième phrase de l'article sous examen:

« Ils doivent se conformer aux ordres et aux instructions, émis par le directeur ou par les agents qu'il a délégués à ces fins, en vue d'assurer le bon fonctionnement du Centre. »

Article 5 (4 selon le Conseil d'Etat)

Cet article renvoie à un règlement grand-ducal pour fixer les conditions et modalités pratiques du régime de rétention. Il convient de rappeler à ce sujet que la loi précitée du 29 août 2008 prévoit à son tour à son article 122 qu'un règlement grand-ducal précisera les droits et les obligations des personnes placées en rétention.

Dans la mesure où les dispositions réglementaires envisagées seront prises en dehors des matières que la Constitution a réservées à la loi formelle, l'article 5 ne s'impose pas, alors que le pouvoir réglementaire du Grand-Duc peut intervenir spontanément. Si par contre le règlement grand-ducal visé se plaçait dans le cadre du pouvoir réglementaire d'attribution du Grand-Duc, comme relevant d'une matière réservée, il devrait être tenu compte des exigences de l'article 32(3) de la Constitution et la loi devrait, pour satisfaire à la réserve constitutionnelle, tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail.

Comme le ou les projets de règlement grand-ducal pris en exécution de l'article 122 de la loi du 29 août 2008, ou portant exécution de l'article sous examen n'ont jusqu'à ce jour pas été communiqués au Conseil d'Etat, celui-ci n'est pas en mesure de se prononcer.

Sans préjudice des considérations qui précèdent, et compte tenu de plusieurs dispositions du chapitre 3 ayant trait au fonctionnement du Centre, le Conseil d'Etat donne à considérer qu'il serait opportun de régler le fonctionnement courant du Centre dans un règlement d'ordre intérieur à adopter, le cas échéant, dans la forme d'un règlement grand-ducal. Dans cet ordre d'idées et au vu des dispositions du projet de loi sous examen, le Conseil d'Etat estime que le renvoi de l'article 122, paragraphe 4 de la loi du 29 août 2008 à un règlement grand-ducal appelé à préciser « les droits et les obligations des personnes placées en rétention » n'a plus de raison d'être et que ledit paragraphe 4 pourra dès lors être supprimé.

Le règlement grand-ducal proposé pourrait s'inspirer des passages pertinents du règlement grand-ducal modifié du 24 mars 1989 concernant l'administration et le régime interne des établissements pénitentiaires (p.ex. en ce qui concerne la gestion des biens des retenus, l'assistance spirituelle,

les loisirs et l'accès à la bibliothèque (lecture), l'hygiène personnelle, la discipline en relation avec le bon fonctionnement du Centre).

Article 6 (5 selon le Conseil d'Etat)

Tout en marquant son accord avec la solution envisagée pour l'hébergement des familles et des couples, le Conseil d'Etat est cependant à s'interroger sur le bien-fondé des exigences très strictes du paragraphe 2 de l'article 6 en ce qui concerne la séparation des personnes des deux sexes même dans l'hypothèse du souhait contraire commun de deux retenus.

Quant aux logements prévus pour les familles, le Conseil d'Etat suppose qu'il sera fait droit quant à leur aménagement à l'exigence de l'article 17, paragraphe 2 de la directive 2008/115/CE concernant les garanties d'intimité adéquates tant au sein même de la famille que vis-à-vis des autres familles séjournant dans cette unité du Centre. Les modalités afférentes sont à déterminer dans le règlement grand-ducal dont question à l'article qui précède.

Le paragraphe 3 s'inscrit dans la logique du paragraphe 1^{er} de l'article 17 de la directive précitée en disposant que la rétention des familles comportant des enfants mineurs est limitée à 72 heures.

Le paragraphe 4 se heurte aux exigences de l'article 36 de la Constitution qui réserve au Grand-Duc le pouvoir d'exécuter les lois. Si ce principe est *a priori* respecté par l'article 5, le maintien de l'attribution à une autorité autre que le Grand-Duc de la prérogative de fixer un régime de rétention spécifique pour les différentes unités du Centre empêcherait pourtant le Conseil d'Etat – en cas de maintien de la disposition – de dispenser la loi en projet du deuxième vote constitutionnel.

Rien n'empêche par contre les responsables de s'occuper de la mise en œuvre pratique des règles de fonctionnement du Centre, du moment que celles-ci se trouvent reprises dans le règlement grand-ducal proposé ci-avant par le Conseil d'Etat et évoqué aussi à l'article 7, paragraphe 2 du projet de loi.

Article 7 (6 selon le Conseil d'Etat)

Cet article règle l'accueil des nouveaux arrivants au Centre.

Le Conseil d'Etat note d'emblée une redondance certaine du paragraphe 1^{er} par rapport aux dispositions des articles 121 et 122 de la loi précitée du 29 août 2008. Il demande dès lors de supprimer les termes « les raisons de son placement ainsi que », les explications à fournir lors de l'accueil se limitant ainsi aux modalités générales du régime de rétention.

Par ailleurs, les modalités légales relatives à l'accueil auraient avantage à prendre en compte le paragraphe 3 de l'article 16 de la directive 2008/115/CE en incluant formellement des dispositions spécifiques relatives à la situation particulière des personnes vulnérables.

Le Conseil d'Etat rappelle en outre que le règlement grand-ducal précité du 24 mars 1989 réserve une attention particulière à la documentation par écrit de l'accomplissement correct des formalités d'admission des détenus dans un centre pénitentiaire et à leur enregistrement. Cet aspect pourra utilement faire l'objet de mesures réglementaires d'exécution de la loi en projet.

Le Conseil d'Etat est à se demander si les « organisations non gouvernementales œuvrant en la matière », dont question au paragraphe 2, sont les mêmes que celles visées par l'article 13 de la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection. Alors que ces dernières doivent faire l'objet d'un agrément, il préconise la même approche dans le contexte sous examen en parlant de « organisations actives dans le domaine de l'encadrement et du soutien de personnes susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'éloignement et agréées à ces fins par le ministre ».

Article 8 (7 selon le Conseil d'Etat)

Cet article ne donne pas lieu à observation, sauf qu'au paragraphe 1^{er} il est indiqué d'écrire « deux agents du Centre du même sexe que lui ».

Par ailleurs, le Conseil d'Etat recommande de compléter l'article sous examen par une disposition prévoyant que l'exécution des fouilles et le résultat auquel elles ont donné lieu sont consignés dans un rapport écrit signés par les agents en charge qui sera remis au directeur et conservé par ses soins.

Article 9 (8 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose de transférer les éléments de cet article qui ont trait à l'organisation du service médical à l'article 31 (24 selon le Conseil d'Etat) en vue de limiter les dispositions à retenir à l'article sous examen aux soins médicaux dont il s'agit de faire bénéficier les retenus.

Par ailleurs, même si le Conseil d'Etat croit comprendre le paragraphe 2 comme sous-entendant le droit des retenus à des soins médicaux tout au long de leur séjour au Centre, il propose de préciser davantage le droit à des soins médicaux et à un encadrement psychologique offerts par le Centre ou sous-traités à des organisations ou personnes externes.

Tout en admettant que les modalités de détail auront avantage à être déterminées dans le règlement grand-ducal précité, le Conseil d'Etat propose de libeller comme suit l'article sous revue:

« **Art. 8.** (1) Dans les 24 heures suivant leur admission au Centre, les retenus sont examinés par un médecin.

(2) Tout au long de leur séjour au Centre, les retenus ont droit aux soins médicaux requis dans l'intérêt de leur santé et au traitement indispensable de leurs maladies.

(3) Les retenus profitent de la gratuité des soins. Les soins dentaires sont toutefois limités aux soins urgents et indispensables. »

Article 10 (9 selon le Conseil d'Etat)

De l'avis du Conseil d'Etat, il suffit de limiter l'article sous examen à la disposition reprise à son paragraphe 1^{er}, celles formant les paragraphes 2 et 3 ayant leur place dans le règlement d'exécution de la loi en projet.

Le libellé est en outre à reformuler dans le sens suivant:

« **Art. 9.** Le retenu dispose de ses affaires personnelles, sauf les limites à l'usage à fixer par règlement grand-ducal. »

Article 11

De l'avis du Conseil d'Etat, l'observation formulée à l'endroit des paragraphes 2 et 3 de l'article précédent vaut au même titre pour cet article dont il propose de transférer les dispositions dans le règlement grand-ducal d'exécution.

Article 12 (10 selon le Conseil d'Etat)

Cet article prévoit l'interdiction de la mise au travail obligatoire des retenus. Le Conseil d'Etat propose d'en libeller comme suit le paragraphe 1^{er}:

« (1) Les retenus ne peuvent pas être soumis à une obligation de travail. »

Article 13 (11 selon le Conseil d'Etat)

Les dispositions de l'article sous examen ont, de l'avis du Conseil d'Etat, leur place dans un règlement grand-ducal, sauf quant au principe du droit de se déplacer librement dans l'enceinte du Centre.

Concernant les sanctions disciplinaires, le Conseil d'Etat y reviendra dans le cadre de l'examen des articles 21 et 22 du projet de loi.

Le libellé de l'article sous examen pourra dès lors se limiter à la disposition suivante:

« **Art. 11.** Les retenus peuvent librement circuler dans l'unité du Centre réservée à leur séjour ainsi que, sous réserve des limites d'accès fixées par règlement grand-ducal, dans l'enceinte des parties communes du Centre. »

Articles 14 et 16 (12 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose de reprendre les dispositions des articles 14 et 16 dans un seul et même article qui se lira comme suit:

« **Art. 12.** (1) Le retenu peut correspondre librement par courrier postal, par téléphone, par télécopie ou par courrier électronique.

(2) S'il y a des indices sérieux quant à la présence d'objets dangereux ou illicites, de risques de fuite ou de mise en danger de la sécurité du Centre, l'usage des moyens de communication peut être interdit, à l'exception des communications avec les avocats et avec les médecins prévus à l'article 24.

(3) Les frais des communications sont à charge du Centre dans les limites fixées par règlement grand-ducal. »

Article 15 (13 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose de limiter le contenu de cet article aux paragraphes 1^{er} et 3, tout en notant que les aspects touchant à la discipline ont leur place dans le cadre des articles 21 et 22 (17 et 18 selon le Conseil d'Etat).

Le paragraphe 5 n'a pas sa place dans la loi en projet, alors que la mission du personnel du Centre n'est certainement pas de se transformer en auxiliaires de police, d'autant plus que ces agents ne sont pas formés pour de telles tâches et qu'en cas de préjudices corporels ou matériels survenus en pareilles circonstances, il pourrait en outre se poser des problèmes de responsabilité *a priori* non résolus. Le Conseil d'Etat demande dès lors avec insistance de supprimer ce paragraphe.

Le Conseil d'Etat estime encore que l'exception prévue au profit des avocats en matière de contrôle des visiteurs souhaitant accéder au Centre devrait être étendue aux médecins, tout en notant qu'en vertu du projet de loi n° 5849 précité les autorités de contrôle en bénéficient aussi. D'une manière plus générale, le Conseil d'Etat propose de rendre le contrôle des visiteurs facultatif.

Les autres règles prévues à l'article sous examen ont leur place parmi les dispositions réglementaires d'exécution de la future loi.

Dans ces conditions, l'article sous examen est à libeller comme suit:

« **Art. 13.** (1) Le retenu peut recevoir des visiteurs librement et sans surveillance.

Les modalités des visites sont fixées par règlement grand-ducal.

(2) A l'exception des avocats et des médecins dont question à l'article 24, les visiteurs ainsi que leurs effets et bagages peuvent être contrôlés avant de pouvoir accéder au Centre.

Les modalités des contrôles sont celles prévues à l'article 8 (7 selon le Conseil d'Etat). »

Article 16

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations relatives à cet article déjà formulées lors de l'examen de l'article 14.

Article 17

Tout en renvoyant à ses observations au sujet du paragraphe 2 de l'article 12, le Conseil d'Etat estime qu'il suffit que la loi se limite à définir le cadre des activités intellectuelles, culturelles et sportives auxquelles peut s'adonner le retenu.

Il propose de reléguer le contenu de l'article sous examen au règlement grand-ducal à prendre en exécution de la loi en projet.

Article 18 (14 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 19 (15 selon le Conseil d'Etat)

Le paragraphe 1^{er} ne donne pas lieu à observation.

En vue de prévenir tout excès de zèle, le Conseil d'Etat propose de nuancer la portée du paragraphe 2, en écrivant:

« (2) Les fouilles et les inspections prévues au paragraphe 1^{er} doivent être effectuées dans le respect de la dignité humaine des retenus. »

Quant au paragraphe 3, le Conseil d'Etat suggère de procéder à l'instar de sa proposition relative à l'alinéa 2 du paragraphe 2 de l'article 15 (13 selon le Conseil d'Etat) en écrivant:

« (3) Les modalités de ces fouilles et inspections sont celles prévues à l'article 8 (7 selon le Conseil d'Etat). »

Article 20

De l'avis du Conseil d'Etat, l'article sous examen comporte des mesures d'exécution pratiques des dispositions de l'article 1^{er}.

Leur place se trouve dans un règlement grand-ducal d'exécution de la loi en projet.

Partant l'article 20 peut être supprimé.

Articles 21 et 22 (16 et 17 selon le Conseil d'Etat)

Les deux articles sous examen ont trait au pouvoir disciplinaire que les auteurs entendent réserver au directeur du Centre.

Le Conseil d'Etat est conscient que le bon fonctionnement du Centre, en tant que structure fermée accueillant exclusivement des pensionnaires qui y sont placés contre leur volonté ou du moins en dehors de toute initiative

propre, requiert des règles claires et transparentes en matière de maintien de l'ordre et de la discipline « sans [pour autant] apporter plus de restrictions qu'il n'est nécessaire pour le maintien de la sécurité et d'une vie communautaire bien organisée » (cf. article 179 du règlement grand-ducal du 24 mars 1989 précité).

Quant à la mise en place du cadre légal traitant de la matière, les principes gouvernant la discipline tels qu'ils se dégagent du règlement grand-ducal du 24 mars 1989 pourront à cet égard servir de référence, tout en distinguant entre le manque d'observation des règles de fonctionnement du Centre et de la vie en commun dans son enceinte et les infractions aux lois et règlements. Si, dans la première hypothèse, le pouvoir disciplinaire revient aux responsables du Centre, il est évident que, dans la seconde hypothèse, les constatations et poursuites relèvent de la compétence des autorités qui en sont légalement investies. Par ailleurs, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, les principes de la légalité des incriminations et des peines s'appliquent aussi aux mesures disciplinaires.

Le Conseil d'Etat se doit de constater que si les sanctions disciplinaires se trouvent bien énumérées au paragraphe 1^{er} de l'article 22, le texte du paragraphe 1^{er} de l'article 21 reste vague, lorsqu'il décrit dans des termes très généraux que les sanctions disciplinaires peuvent être infligées « à l'égard du retenu qui enfreint les règles du régime de rétention ». Tout en renvoyant aux arrêts 23/04 et 24/04 de la Cour constitutionnelle du 3 décembre 2004, le Conseil d'Etat estime que le principe de la légalité des délits et des peines comporte « la nécessité de définir les [inobservations] en termes suffisamment clairs et de préciser le degré de [sanction] pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la portée de ces dispositions ».

Par ailleurs, le Conseil d'Etat est à se demander, au regard des exigences de l'article 17 de la directive 2008/115/CE, s'il n'y a pas lieu d'exclure les mineurs du régime disciplinaire projeté, sinon de l'aménager pour tenir au mieux compte des intérêts spécifiques des concernés. Il renvoie encore à l'article 206 du règlement grand-ducal précité du 24 mars 1989.

Les modalités et la procédure d'application des sanctions disciplinaires ne donnent par contre pas lieu à observation.

Dans ces conditions, le Conseil d'Etat demande aux auteurs de préciser au paragraphe 1^{er} de l'article 21 quelles sont les « infractions aux règles du régime de rétention » qui peuvent donner lieu à sanction. Au paragraphe 3, il y a lieu de prévoir le droit du retenu de se faire assister par un conseil lors de son audition précédant l'application éventuelle d'une sanction.

A l'article 22, les renvois à d'autres articles doivent être adaptés à la structure définitive de la loi en projet.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat demande que, du moins en ce qui concerne l'isolement, l'exécution de la mesure soit précédée d'un examen médical et que la sanction soit suspendue de plein droit à la demande du médecin si celui-ci a constaté que la mise en œuvre ou la continuation de l'exécution de la mesure est de nature à compromettre la santé de la personne concernée.

Enfin, concernant le paragraphe 8, les sanctions disciplinaires constituent des décisions administratives susceptibles d'un recours devant le juge administratif qui aura, en l'absence de disposition contraire dans la loi spéciale, compétence pour annuler la décision intervenue dans les limites tracées à cet effet par l'article 2, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. De l'avis du Conseil d'Etat, il y aurait lieu de prévoir un recours en réformation à introduire endéans un délai sensiblement plus court que celui de l'article 13 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Article 23

Le Conseil d'Etat se demande si ces dispositions ne devraient pas trouver leur place parmi les dispositions réglementaires d'exécution de la loi en projet.

Article 24 (18 selon le Conseil d'Etat)

Quant aux prérogatives et obligations du personnel, le Conseil d'Etat propose de s'inspirer des principes inscrits aux articles 50 et 51, 179, alinéa 2 et 180 du règlement grand-ducal précité du 24 mars 1989. Par ailleurs, les règles essentielles à prévoir dans la loi auront avantage à être complétées par des dispositions réglementaires d'exécution qui pourraient prendre référence entre autres sur les articles 107, 108, 109 et 181 dudit règlement grand-ducal.

Le Conseil d'Etat propose dès lors de réserver la rédaction suivante à l'article sous examen:

« **Art. 18.** Les agents du Centre doivent, en toute circonstance, se conduire et accomplir leur tâche de telle manière que leur exemple ait une bonne influence sur les retenus et suscite leur respect. Dans l'exécution du service, ils doivent porter secours chaque fois que les circonstances l'exigent.

Ils doivent s'abstenir de tout acte, de tout propos et de tout écrit qui serait de nature à porter atteinte à la sécurité et au bon fonctionnement du Centre.

Toute violence et toute voie de fait à l'égard des retenus est défendue. La contrainte n'est autorisée qu'afin d'empêcher un retenu de porter préjudice à lui-même ou à autrui ou de causer des dégâts. En aucun cas, l'application des moyens de contrainte ne doit être prolongée au-delà du temps strictement nécessaire pour vaincre la résistance du retenu. Toute application de moyens de contrainte doit être signalée sans retard par écrit au directeur. »

Article 25 (19 selon le Conseil d'Etat)

En vue de déterminer le contenu de cet article, le Conseil d'Etat propose de s'inspirer de l'article 18 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire ainsi que de l'article 105 du règlement grand-ducal précité du 24 mars 1989.

Sur base des considérations qui précèdent, l'article sous examen pourrait avoir le libellé suivant:

« **Art. 19.** La sécurité intérieure du Centre incombe aux agents du Centre. La sécurité externe du Centre est assurée par la Police grand-ducale.

Lorsque la gravité ou l'ampleur d'un incident survenu ou redouté à l'intérieur du Centre ou à son entrée ne permet pas d'assurer le rétablissement ou le maintien de l'ordre et de la sécurité par les seuls moyens des agents du Centre, le directeur ou celui qui le remplace est tenu de requérir l'assistance de la Police grand-ducale dans les conditions du Titre V de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police. »

Article 26 (20 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen traite de la direction du Centre qui est censée se composer d'un directeur et d'un directeur adjoint. Il prévoit en outre de conférer au directeur et à son adjoint les qualités d'officier de police judiciaire.

L'octroi de la qualité d'officier de police judiciaire aux deux fonctionnaires concernés est motivé par la prérogative qu'il conviendrait de leur accorder, d'une part, pour rechercher et pour constater les infractions commises dans l'enceinte du Centre, et, d'autre part, pour notifier aux retenus les mesures de placement les concernant ainsi que les prolongations de ces mesures. Quant au premier motif invoqué, il ne faut pas aux yeux du Conseil d'Etat confondre, d'une part, l'autorité hiérarchique exercée par la direction du Centre sur ses agents et l'autorité disciplinaire exercée sur les retenus et, d'autre part, les pouvoirs de police judiciaire qui doivent, à son avis, continuer à appartenir aux autorités qui en sont investies selon le droit commun. La réunion des deux attributions entre les mains des mêmes personnes risque de mener à un cumul de compétences qui n'est pas propice à la mise en œuvre de bonnes règles de gouvernance. Le Conseil d'Etat estime qu'une gestion efficace du Centre est possible si les agents en assumant la direction sont détenteurs des pouvoirs qui reviennent normalement aux chefs d'administration. Dans la mesure où des infractions seraient commises dans le Centre, l'article 23, paragraphe 2 du Code d'instruction criminelle fait en tout état de cause obligation aux autorités constituées, et aux fonctionnaires qui en acquièrent connaissance, d'en avertir sans délai le procureur d'Etat compétent à qui il appartient d'ordonner aux services de Police de procéder aux recherches et constatations qui s'imposent, avec la compétence professionnelle qui est la leur. Les chargés de direction des établissements pénitentiaires, qui exercent

l'autorité disciplinaire sur les détenus, ne disposent d'ailleurs pas non plus de la qualité d'officier de police judiciaire.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat voudrait une fois de plus rappeler ses réserves les plus nettes face au foisonnement des prérogatives de puissance publique attribuées à toutes sortes de fonctionnaires qui *a priori* n'ont pas les connaissances requises pour procéder dans les formes de la loi à la recherche des infractions et au rassemblement des preuves. Il demande dès lors une nouvelle fois avec insistance, pour les raisons qu'il a plus amplement développées dans d'autres avis, dont notamment les problèmes auxquels risque de donner lieu le privilège de juridiction, de renoncer à l'extension des compétences en question au-delà du cadre tracé par l'article 10 modifié du Code d'instruction criminelle.

Le paragraphe 2 de l'article sous examen est par conséquent à supprimer.

Les paragraphes 1^{er} et 3, qui deviendra paragraphe 2, ne soulèvent pas d'autres observations.

Article 27 (21 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation, sauf que le Conseil d'Etat voudrait encore une fois souligner la nécessité de veiller lors du recrutement du personnel concerné à la présence des qualités professionnelles et humaines visées dans la décision du Conseil de l'Europe et rappelées sommairement dans le cadre des considérations générales.

Article 28

Le Conseil d'Etat considère les dispositions du présent article comme superfétatoires, alors qu'elles s'avèrent redondantes par rapport à celles à caractère général reprises aux articles 10 et 11 de la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique.

Il insiste sur la suppression de cet article.

Article 29 (22 selon le Conseil d'Etat)

L'allocation d'une prime de risque, d'un congé de compensation et d'une indemnité d'astreinte ne donne pas lieu à observation pour ce qui est du principe.

Le Conseil d'Etat estime toutefois que les primes, indemnités et congés en question devraient se limiter à ceux des agents qui sont effectivement au contact quotidien avec les retenus ou ont des obligations d'astreinte à domicile. Par contre, ceux des agents affectés à des tâches purement administratives et vaquant à des activités qui ne se distinguent pas des tâches effectuées par leurs collègues d'autres administrations publiques ne devraient pas en bénéficier.

Le Conseil d'Etat voudrait encore rappeler que les autres agents publics qui sont régulièrement astreints à des missions d'exécution des décisions d'éloignement prises par le Gouvernement bénéficient d'un congé de compensation, d'indemnités et d'une prime d'astreinte en exécution de l'article 152 de la loi précitée du 29 août 2008. Il estime que les avantages accordés à ces autres agents, qui se trouvent dans une situation tout à fait similaire, et ceux prévus par le projet de loi sous examen, devraient être alignés dans ce même esprit d'équité.

Sur un plan purement rédactionnel et sans préjudice de la nécessité de désigner les agents bénéficiaires de façon plus sélective en fonction de tâches justifiant effectivement lesdits avantages, il y a lieu d'écrire au paragraphe 1^{er} « aux agents du Centre » en lieu et place de « au personnel du Centre ».

Article 30 (23 selon le Conseil d'Etat)

Hormis la nécessité de compléter la phrase introductive par la date de la loi budgétaire (soit le 19 décembre 2008), cet article ne donne pas lieu à observation.

Article 31 (24 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous avis a trait à l'organisation d'un service médical au sein du Centre.

Le projet de texte est calqué sur les dispositions de l'article 9, alinéa 3 de la loi précitée du 27 juillet 1997. Il ne donne pas lieu à observation.

Or, conformément à son observation à l'endroit de l'article 9 du projet de loi, le Conseil d'Etat estime qu'il faut reprendre la disposition y prévue concernant l'organisation du service médical en question à l'article sous examen. Il propose dès lors d'insérer avant le texte du projet gouvernemental un alinéa nouveau libellé comme suit:

« Le Centre peut être doté d'un service médical pourvoyant aux soins ambulatoires et aux soins d'urgence. »

Articles 32 à 34 (25 à 27 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 31 mars 2009.

Pour le Secrétaire général,
L'Attaché,

s. Yves Marchi

Le Président,

s. Alain Meyer