

Projet de loi

portant réforme de l'administration pénitentiaire et

1) modification:

- du Code pénal;
- du Code d'instruction criminelle;
- de la loi du 3 avril 1893 concernant l'approbation de la fondation Theisen à Givenich;
- de la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire;
- de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse;
- de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police, et
- de la loi du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans leur consentement de personnes atteintes de troubles mentaux, ainsi que:

2) abrogation:

- de certaines dispositions du Code de Sécurité sociale;
- des articles 11, 12 et 15 de la loi du 21 mai 1964 portant 1. réorganisation des établissements pénitentiaires et des maisons d'éducation; 2. création d'un service de défense sociale, et
- de la loi du 4 avril 1978 ayant pour but d'habiliter le personnel du service de garde des établissements pénitentiaires à exercer certaines attributions de la police générale.

Avis du Conseil d'Etat

(13 juillet 2012)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 12 janvier 2012, le Conseil d'Etat a été saisi du projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre de la Justice.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact des mesures législatives et réglementaires ainsi que d'une fiche financière.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics a été transmis au Conseil d'Etat le 3 avril 2012. L'avis du Collège médical a été communiqué au Conseil d'Etat le 6 juin 2012.

Le 11 mai 2012, l'avis du Service central d'assistance sociale a été transmis au Conseil d'Etat. L'avis de la Ligue des Droits de l'Homme lui a été communiqué le 21 juin 2012.

Considérations générales

Selon l'exposé des motifs, le projet de loi sous examen vise à réaliser une réforme en profondeur du système pénitentiaire luxembourgeois. Ce projet de loi doit être lu et examiné avec le projet de loi n° 6381 portant réforme de l'exécution des peines, alors que les questions des structures pénitentiaires, d'une part, et des modalités d'exécution des peines privatives de liberté, d'autre part, quoique distinctes, sont néanmoins intimement liées. Le Conseil d'Etat a noté que le projet de loi sous avis renvoie, à certains endroits, aux nouvelles dispositions que le projet de loi n° 6381 entend insérer dans le Code d'instruction criminelle. Ce renvoi n'est techniquement admissible que dans l'hypothèse où le projet de loi n° 6381 entre en vigueur avant le projet de loi sous examen. Le Conseil d'Etat voudrait encore rappeler qu'il a proposé, dans son avis de ce jour sur le projet de loi n° 6381, de transférer certaines dispositions que ce dernier projet entend inclure dans le Code d'instruction criminelle dans le projet sous examen.

L'observation qui précède vaut, quant à sa substance également, à l'égard du contenu des articles 13, 15, 43 et 54 du projet de loi qui prévoient des dispositions et consacrent des concepts non conformes à la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat. Le texte du projet de loi sous examen semble anticiper les nouvelles dispositions législatives en matière de statut et de rémunération des fonctionnaires. Sur ces points, le Conseil d'Etat s'oppose formellement au vote du projet de loi dans sa forme actuelle au vu des incohérences légales auxquelles donnerait lieu pareille approche.

Si le projet de loi portant réforme de l'exécution des peines vise à transférer les compétences en matière d'exécution des peines, du moins en partie, à une juridiction de l'application des peines, le présent projet de loi vise à décharger le procureur général d'Etat de ses attributions en matière d'administration pénitentiaire. Tout en reconnaissant que la réforme ne s'impose pas parce que le système actuel aurait mal fonctionné, les auteurs expliquent avoir été inspirés par un « regard frais et expérimenté de l'extérieur » sur la problématique et reproduisent sur plusieurs pages des extraits d'un rapport rédigé par un expert suisse engagé par le ministère de la Justice.

Le projet de loi ne comporte pas moins de cinquante-cinq articles. Dans la lignée de l'exposé des motifs qui est introduit par une citation d'un romancier russe, nombre de dispositions se caractérisent davantage par un style littéraire que par une technicité juridique. Le Conseil d'Etat n'entend pas se prononcer sur les choix en matière de politique pénitentiaire et sur l'organisation future de l'administration pénitentiaire. Il se limite à une analyse purement technique et juridique du projet de loi dans le souci de voir adopter des textes à caractère juridique qui sont précis, cohérents et nécessaires. Au regard des interrogations nombreuses que suscite le projet de loi et des choix à opérer, le Conseil d'Etat ne se voit pas en mesure de proposer des textes alternatifs.

Dans son avis de ce jour sur le projet de loi n° 6381 portant réforme de l'exécution des peines, le Conseil d'Etat a proposé d'inscrire dans le présent projet de loi les dispositions sur les recours en matière disciplinaire, étant donné qu'elles n'ont pas leur place dans le Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations dans l'avis en cause.

Examen des articles

Intitulé

L'intitulé indique que le projet de loi porte abrogation de certaines dispositions du Code de la sécurité sociale. Le Conseil d'Etat relève à cet égard que les abrogations de certaines dispositions d'un acte sont à considérer comme des modifications qui doivent être renseignées comme telles à l'intitulé de l'acte modificatif.

Le Conseil d'Etat constate par ailleurs qu'à l'heure actuelle seul subsiste l'article 15 de la loi modifiée du 21 mai 1964 portant 1. réorganisation des établissements pénitentiaires et des maisons d'éducation; 2. création d'un service de défense sociale, et que le projet de loi vise à abroger cet article. Le Conseil d'Etat recommande, pour des raisons de technique législative, d'abroger la loi en tant que telle.

Eu égard à ces observations, le Conseil d'Etat propose de rédiger l'intitulé du projet de loi sous avis comme suit:

« *Projet de loi portant réforme de l'administration pénitentiaire et*

1) *modification:*

- *du Code pénal;*
- *du Code d'instruction criminelle;*
- *du Code de la sécurité sociale;*
- *de la loi du 3 avril 1893 concernant l'approbation de la fondation Theisen à Givenich;*
- *de la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire;*
- *de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse;*
- *de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police, et*
- *de la loi du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans leur consentement de personnes atteintes de troubles mentaux, ainsi que:*

2) *abrogation:*

- *de la loi modifiée du 21 mai 1964 portant 1. réorganisation des établissements pénitentiaires et des maisons d'éducation; 2. création d'un service de défense sociale, et*
- *de la loi du 4 avril 1978 ayant pour but d'habiliter le personnel du service de garde des établissements pénitentiaires à exercer certaines attributions de la police générale ».*

Chapitre 1^{er} – Dispositions générales

Article 1^{er}

L'article est à omettre alors qu'il est dépourvu de toute valeur normative. L'objet de la loi résulte de son intitulé et de son contenu. L'objectif de la mise en œuvre des peines privatives de liberté est assurément à la base des choix à opérer par le législateur, mais n'a pas à être précisé dans un texte de loi qui ne contient pas de déclaration politique et ne reproduit pas davantage l'exposé des motifs.

Article 2

Cet article est également à omettre. Le Conseil d'Etat note que les concepts en cause sont déterminés dans le Code d'instruction criminelle et qu'il n'est nécessaire ni en droit ni dans une optique d'effet utile de la loi en projet de les redéfinir.

L'omission des deux articles permet de faire l'économie du chapitre 1^{er}. Si le Conseil d'Etat est suivi dans ses propositions, il y a lieu de renuméroter la suite des chapitres et des articles. La même observation vaut pour la suppression d'autres articles que le Conseil d'Etat sera amené à proposer dans la suite de son avis.

Chapitre 2 – De l'administration pénitentiaire

Article 3

Sans observation, si ce n'est de remplacer les termes « administration pénitentiaire » par ceux de « établissements pénitentiaires » conformément à l'arrêté grand-ducal du 27 juillet 2009 portant constitution des Ministères.

Article 4

Le paragraphe 1^{er} soulève les interrogations suivantes:

- Quelle est la signification du terme « mission générale » de l'administration? Quelles sont les missions particulières venant compléter cette mission générale?
- Le concept de mise en œuvre des décisions judiciaires est ambigu et techniquement incorrect.
- Quelles sont les autres mesures privatives de liberté envisagées?
- Les détenus ne sont pas « confiés » ni à l'administration ni à un centre pénitentiaire.
- Ils ne sont pas confiés « en vertu ou à la suite d'une décision de justice ».
- Quel est le statut des personnes arrêtées en flagrant délit et incarcérées avant d'être présentées au juge d'instruction?

Le texte est à reformuler et les concepts erronés ou dépourvus de signification sont à omettre ou à remplacer.

Le paragraphe 2 est l'expression d'une position philosophique à laquelle le Conseil d'Etat peut parfaitement souscrire. La première phrase

énonce des principes relevant du droit constitutionnel ou du droit international qu'il n'est pas d'usage de répéter dans les textes de loi; ensuite, elle est techniquement mal formulée en ce que sont visés les détenus et non pas des « personnes dont (l'administration) a la charge à quelque titre que ce soit ». La deuxième phrase se borne à énoncer un objectif et est dépourvue de toute valeur normative. Le Conseil d'Etat insiste dès lors à voir omettre le paragraphe 2.

Le paragraphe 3 relatif au contrat d'intégration est à reléguer à l'article 28 qui traite de cette question.

Le paragraphe 4 soulève deux observations. L'article 8, paragraphe 2, de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel prévoit que le traitement de données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté ne peut être mis en œuvre qu'en exécution d'une disposition légale. La disposition sous examen fournit cette base légale. Il est inutile de faire une référence à l'article 8.

Un autre problème, pourtant important, n'est pas réglé. La question du traitement des données n'est que le corollaire de l'accès à certaines données qu'obtient l'administration pénitentiaire. Concrètement se posent deux questions: D'abord, dans quelle mesure l'administration peut-elle solliciter la délivrance d'extraits du casier judiciaire pour les détenus, qu'il s'agisse de personnes condamnées ou non encore condamnées? Ensuite, peut-elle obtenir copie des décisions de condamnation, voire un accès à certaines pièces du dossier pénal? Le Conseil d'Etat considère que, pour des motifs tenant à la gestion et à la sauvegarde de la sécurité dans les établissements pénitentiaires, l'administration doit pouvoir accéder au casier judiciaire pour tous les détenus. Cette question peut valablement être réglée dans le cadre de la future loi relative à l'organisation du casier judiciaire (doc. parl. n° 6418). Plus délicate est la question de l'accès au dossier pénal du condamné. La communication de certaines données peut se justifier par les nécessités du traitement « pénitentiaire ». Le Conseil d'Etat pourrait concevoir un système dans lequel l'administration pénitentiaire sollicite, à ces fins, une copie de la décision de condamnation, voire de certaines pièces du dossier pénal. Ne s'agissant pas d'une mesure d'exécution des peines, au sens propre du terme, le Conseil d'Etat considère qu'il n'est pas indiqué d'impliquer la juridiction d'application des peines. On pourrait concevoir que la demande soit adressée au procureur général d'Etat, compétent pour autoriser l'accès aux dossiers des affaires pénales passées en jugement, d'autant plus qu'il garde un rôle important au niveau de l'exécution des peines.

Articles 5 à 8

Le Conseil d'Etat propose de grouper toutes les dispositions concernant la direction dans un article unique qui prévoit la structure de la direction et les missions.

Les missions du directeur sont précisées dans les termes habituels en la matière à l'article 5, paragraphe 1^{er}.

Etant donné que l'article 8 traite de la « direction », il serait logique de retenir ce concept au point 1) de l'article 6, ceci d'autant plus que les points 2) et suivants visent également des entités et non pas des fonctions individuelles. En ce qui concerne le point 5) relatif à l'institut de formation, le Conseil d'Etat renvoie aux observations formulées à l'endroit de l'article 11.

En ce qui concerne l'article 6, le Conseil d'Etat note que le projet de loi renvoie à un centre pénitentiaire dont la réalisation est seulement projetée, mais qui n'existe pas pour l'heure. D'autres dispositions du projet reprennent la référence à ce centre. Il n'est pas de bonne technique législative de viser des structures inexistantes au moment où la loi est adoptée. Le Conseil d'Etat demande de faire abstraction de ces références.

Le Conseil d'Etat considère que les dispositions de l'article 7 et de l'article 8 peuvent être omises. Chaque directeur organise les structures de l'administration à la tête de laquelle il est placé. Fixer la structure, à l'instar de ce qui est proposé à l'article 8, et déterminer les missions précises du directeur, comme il est proposé à l'article 7, est non seulement inutile, mais peut s'avérer contreproductif en ce sens que le rôle du directeur pourrait être enfermé dans ces limites. Dans d'autres administrations, ces questions sont réglées au niveau interne ou, à la rigueur, dans un règlement grand-ducal.

Si les auteurs entendent maintenir les articles 6, 7 et 8, le Conseil d'Etat voudrait faire les observations suivantes.

Le renvoi, à l'article 7, paragraphe 1^{er}, à la politique pénitentiaire, pose le problème de la compétence du ministre, d'un côté, avec les compétences du législateur qui détermine les mesures d'exécution des peines, et, de l'autre côté, avec celles de la juridiction de l'application des peines. Où se situera le domaine propre de la politique pénitentiaire et de la mise en œuvre de cette politique par le directeur par rapport à l'application des mesures décidées par la juridiction de l'application des peines dans le cadre déterminé par la loi? Même à supposer qu'il y ait lieu à application d'une politique pénitentiaire, celle-ci ne serait pas initiée par le directeur et approuvée par le ministre, comme il est dit à l'article 7, mais serait déterminée par le ministre et appliquée par le directeur.

Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur le contenu des termes « ainsi que la recherche en la matière ». Le terme « matière » renvoie-t-il à l'établissement de statistiques ou à des recherches scientifiques dans le domaine de la pénologie? Si la deuxième réponse était la bonne, le Conseil d'Etat note que la direction de l'administration a, comme son nom l'indique, une mission de gestion et ne constitue pas un institut de recherche. Sur un plan plus pratique, le Conseil d'Etat considère que la mission pour le directeur d'élaborer et d'évaluer des projets a nécessairement une certaine composante scientifique. Les lois organiques d'autres administrations, qui agissent dans des domaines également sensibles, ne comportent pas non plus de référence à des missions de recherche.

Dans la mesure où le paragraphe 4 met en exergue la formation professionnelle, il n'y a pas lieu de prévoir la création d'un institut de formation à l'article 6, d'autant plus que les structures de cet institut ne sont pas précisées.

La référence, au paragraphe 4, à l'application des règles générales du statut de la fonction publique est une illustration de l'incohérence de la démarche suivie par les auteurs du texte qui sont amenés à se référer au droit commun au détour d'une phrase portant sur des missions particulières. Le texte de ce paragraphe est superflu au regard des compétences de droit commun d'un directeur d'une administration.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'articulation de la direction en quatre départements alors que ces départements n'apparaissent plus dans la suite du projet de loi et ne concordent pas avec les attributions reconnues au directeur. L'institut de formation pourrait valablement devenir un département de la direction de l'administration pénitentiaire.

Article 9

L'article 9 définit la répartition des détenus entre les différents centres pénitentiaires. Le Conseil d'Etat se demande s'il suffit de distinguer ces centres par leur situation géographique ou s'il ne faudrait pas préciser, dans la loi, la différence de régime qui les caractérise. A noter que pour *Givenich*, on précise qu'il s'agit d'un centre semi-ouvert. En ce qui concerne le centre dit *Uerschterhaff*, le Conseil d'Etat rappelle qu'il n'existe pas.

Le Conseil d'Etat note le caractère très large des dérogations à l'affectation « normale » des détenus et le caractère vague des critères. Se pose la question de l'autorité appelée à prendre une décision dérogatoire à la règle générale. Le texte ne donne de sens que s'il s'agit de l'administration pénitentiaire. Si la décision est prise à l'égard d'un inculpé ou d'un prévenu par une autorité judiciaire, l'administration pénitentiaire n'est pas appelée à intervenir sauf pour assurer l'exécution de la décision. Aussi le Conseil d'Etat insiste-t-il à omettre le point c). Si la décision est prise par l'administration, se pose la question du recours contre une telle décision; logiquement, le droit commun serait applicable, sauf à exclure explicitement un recours ou à accorder compétence spéciale au juge judiciaire.

Article 10

L'article 10 concerne le problème bien connu de la détention de mineurs au centre pénitentiaire. A l'heure actuelle, les articles 6 et 24 de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse sont invoqués pour permettre le placement de mineurs dans un centre pénitentiaire. Le règlement grand-ducal du 24 mars 1989 concernant l'administration et le régime interne des établissements pénitentiaires règle ce type de placement à l'article 8. Le Conseil d'Etat approuve le principe de l'exclusion des mineurs des centres pénitentiaires, sous réserve de l'hypothèse prévue à l'article 32 de la loi précitée du 10 août 1992 (même si, selon des praticiens, un tel placement s'avère nécessaire au regard du comportement de certains adolescents). Le Conseil d'Etat ne considère toutefois pas que le problème est réglé par la consécration du droit pour le directeur de ne pas admettre un mineur, même en présence d'une décision de justice. La solution devrait être trouvée dans le cadre de la loi précitée du 10 août 1992 et non pas dans un droit de refus d'admission reconnu au directeur dans la loi en projet. Dans la mesure où la disposition en cause signifie que le directeur d'un centre peut refuser d'exécuter une décision de

justice, elle heurte le principe du respect dû aux décisions de justice et celui de la séparation des pouvoirs. Le Conseil d'Etat devra émettre une opposition formelle à l'égard de l'article sous examen.

Article 11

Le Conseil d'Etat a des réserves sur la mise en place d'un institut de formation pour les raisons juridiques suivantes. La formation professionnelle relève, d'après l'article 7, des missions du directeur. Quel est le lien entre l'article sous examen et l'article 7? Comment se situe l'institut de formation par rapport à la direction? Le projet de loi omet de donner la moindre indication sur l'organisation, les attributions et modalités de fonctionnement de cet institut. Le Conseil d'Etat a noté dans son observation à l'endroit de l'article 6 que cet institut pourrait parfaitement prendre la forme d'un département de la direction. Il pourrait encore imaginer que la formation soit assurée par l'institut national d'administration publique qui est institué par la loi du 15 juin 1999.

Article 12

L'article 12 s'inspire, au niveau du paragraphe 1^{er}, de l'article 11, alinéa 3, de la loi du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire. Outre que le texte est mal rédigé en ce qu'il prévoit que, « dans l'intérêt de l'exécution des missions », l'administration peut « confier ... des missions », le Conseil d'Etat considère que le texte actuel est plus précis et plus approprié en ce qu'il ne vise pas une dévolution de compétences par voie de contrat. Se pose encore le problème technique de la conclusion de ces contrats par l'administration en tant que telle. L'administration pénitentiaire n'est pas une entité juridique capable de conclure les contrats. Si le texte sous projet était maintenu, se poserait encore la question du contenu de ces contrats.

Le paragraphe 2 est à lire comme une limite à la dévolution de compétences. Si le Conseil d'Etat peut concevoir la raison théorique du texte, il s'interroge sur la mise en œuvre pratique. Quelles seront les missions susceptibles de faire l'objet de la dévolution et celles réservées à l'administration comme relevant de la puissance publique? Qui va contrôler le respect de ce critère? Le Conseil d'Etat rappelle qu'un texte, qui reste plus proche de la disposition actuelle et qui évite la consécration d'une dévolution des missions légales à des entités de droit privé, permettra de faire l'économie du paragraphe 2.

Au regard des problèmes liés à la dévolution de compétences étatiques et d'absence de précision du cadre légal des contrats, qui se posent en combinaison des deux paragraphes de l'article 12 sous avis, le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle à l'endroit de l'article sous examen. Les missions d'une administration pénitentiaire sont en effet susceptibles d'être rattachées à l'article 97 de la Constitution et l'organisation de ces missions requiert un cadre légal.

Article 13

L'article 13 est un des nombreux articles (6, 7, 8, 13 et 15) qui visent les fonctions de direction. Le Conseil d'Etat propose de regrouper

l'ensemble de ces dispositions dans un article unique. Ainsi, l'article sous examen pourra facilement trouver sa place à l'article 9. La meilleure solution serait de réarticuler l'article 15 et d'inscrire dans cette disposition l'organigramme de l'administration pénitentiaire.

Le Conseil d'Etat note l'importance que le projet de loi attache aux différentes fonctions de direction en comparaison avec la question de la structure globale de l'administration. Le point important de l'articulation des compétences entre la direction générale et les directions des différents établissements n'est abordé nulle part, alors qu'à l'instar d'autres lois organiques est précisée l'évidence que le directeur d'un établissement a sous ses ordres le personnel de cet établissement. Le Conseil d'Etat note encore un flottement dans la terminologie alors que l'article 6 vise les centres pénitentiaires et que l'article 13 retient le concept d'établissement pénitentiaire. Dans une loi organisant une nouvelle administration, une cohérence dans la structure organique et dans la terminologie serait souhaitable.

L'article 13, à l'instar d'une série d'autres dispositions, se réfère à des notions, telles que « catégories », « groupes » ou « sous-groupe » (article 15). Le Conseil d'Etat rappelle que la loi organique d'une administration détermine le cadre du personnel avec les carrières et fonctions et que la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat détermine les traitements en fonction des grades et fonctions dans les différentes administrations. Le Conseil d'Etat rejoint la Chambre des fonctionnaires et employés publics dans ses réserves par rapport à l'introduction « anticipée » de concepts qui devraient être consacrés dans le cadre de la réforme de la fonction publique. Il réitère dans ce contexte l'opposition formelle qu'il a formulée sous les considérations générales à l'ingrès du présent avis.

Article 14

A la lecture du commentaire, le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs du texte sous examen. Dans une logique juridique, il faut toutefois relever que l'exécution d'une recommandation formulée par les instances compétentes au niveau européen ou national ne se traduit pas par la reprise du libellé de la recommandation dans un texte de loi. Une formule du type « veille à ... » est dépourvue de toute portée juridique, notamment si le commentaire souligne qu'il ne saurait y avoir obligation de résultat.

Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur l'approche inhérente au texte. L'accès aux soins de santé est d'abord un droit du détenu. Il ne s'agit pas d'aborder la question sous le seul aspect d'une mission particulière de l'administration. Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il de régler cette question au chapitre 5. Le critère décisif est l'accès au médecin et le choix de ce dernier. Chaque détenu a droit à l'accès de soins médicaux et paramédicaux équivalents à ceux auxquels il pourrait prétendre s'il n'était pas détenu. L'administration pénitentiaire doit organiser l'accès à de tels soins et prendre en charge les coûts et frais y relatifs. Elle attribue à chaque détenu un médecin référent choisi parmi les médecins agréés à l'établissement ou à un organisme public ou privé assurant la prise en charge des soins. Il appartient au médecin référent d'apprécier si le traitement doit se faire à l'extérieur.

Sur un plan de technique juridique, le Conseil d'Etat ne saurait admettre le renvoi à un règlement grand-ducal pour déterminer les tâches et les attributions du médecin référent. La sécurité sociale et la protection de la santé sont des matières que l'article 11, paragraphe 5 de la Constitution réserve à la loi. Le Conseil d'Etat renvoie à son avis du 23 novembre 2010 (doc. parl. n° 6196³) sur le projet de loi portant réforme du système des soins de santé où il avait émis une opposition formelle au motif « qu'en abandonnant à un règlement grand-ducal la détermination de droits et devoirs du médecin référent autres que ceux décrits dans cet article à l'endroit des missions, les auteurs ne suffisent pas aux exigences de l'article 32, paragraphe 3 (de la Constitution) ». Même si le médecin référent visé au projet de loi sous avis n'est pas assimilable en ce qui concerne toutes ses attributions et les modalités de sa nomination à celui visé à l'article du Code de sécurité sociale, il serait indiqué de prévoir dans le projet de loi sous avis qu'il a pour mission d'assurer les soins de prévention et de contribuer à la promotion de la santé du détenu, de suivre régulièrement le contenu du dossier de soins partagé du détenu, de coordonner les soins et d'informer, d'orienter et de conseiller le détenu dans son parcours de soins.

Le paragraphe 2 doit déterminer le cadre de la liberté de choix du détenu d'un médecin en dehors du système mis en place dans l'établissement pénitentiaire. Si l'administration est dans l'obligation d'assurer au détenu l'accessibilité à un médecin référent et à des soins adéquats, le détenu doit garder la liberté de choix de son médecin référent. Il reste libre de refuser le médecin référent qui lui est proposé et d'opter de se faire soigner à ses propres frais par un médecin de son choix. De même, il peut opter pour des soins prestés par d'autres médecins.

Il ne saurait toutefois être admis que le détenu puisse obtenir des sorties éventuellement accompagnées pour des soins à l'extérieur du simple fait qu'il a choisi un médecin référent externe ou qu'il a opté pour des soins à l'extérieur et qu'il assume les frais afférents. Les rapports entre le médecin référent « interne » et le médecin « externe » relèvent de la déontologie médicale et n'ont pas à être réglés dans le texte sous examen.

La première phrase du paragraphe 3 est parfaitement superflue au regard de la phrase du paragraphe 1^{er} selon laquelle l'administration prend en charge les frais des prestations nécessaires, qu'elles soient internes ou externes.

La détermination du taux des vacations horaires par le ministre (de la Justice) et sur avis du ministre ayant la Santé dans ses attributions n'est pas conforme avec l'article 36 de la Constitution qui réserve le pouvoir d'exécution des lois au Grand-Duc, de sorte que le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle. Les vacations horaires doivent être déterminées par règlement grand-ducal et les relations avec les organismes privés et publics seront à négocier selon la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Les conventions conclues entre la Caisse nationale de santé et l'association des médecins et médecins-dentistes ou entre la caisse et l'Entente des hôpitaux ne couvrent pas la prise en charge des coûts spécifiques des soins prestés en milieu pénitentiaire.

Le contenu du dossier de soins partagés, visé au paragraphe 4, est détaillé à l'article 60^{quater} du Code de la sécurité sociale. La référence à l'article 458 du Code pénal est superflue, alors que ce texte s'applique à tout médecin quel que soit le patient qu'il traite. S'il est nécessaire de prévoir des dérogations au secret médical, il faudra les préciser et les justifier. Le médecin et l'administration n'ont pas à échanger des informations. Il est compréhensible que l'administration, dans une optique de protection des autres détenus et du personnel, doive être informée de l'existence de maladies contagieuses. Encore faut-il le dire clairement en circonscrivant le type de maladies visées.

Le paragraphe 5 est superflu.

Article 15

Le paragraphe 1^{er} détermine le cadre de l'administration générale. Le Conseil d'Etat s'interroge sur certaines fonctions et leur spécification. Quelle est la signification du concept de « experts en sciences humaines »? Quelle sera la distinction entre les experts, les spécialistes et les professionnels en sciences humaines, alors qu'ils figurent tous sous la catégorie « sous-groupe éducatif et psycho-social ». Le Conseil d'Etat doit renvoyer encore une fois à l'opposition formelle qu'il a faite sous les considérations générales précédant le présent avis.

Le paragraphe 2 s'occupe, à nouveau, des critères de choix du directeur.

Article 16

Sans observation.

Article 17

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'article sous examen qui renvoie pour les conditions d'admission, de nomination définitive et de promotion à un règlement grand-ducal.

Article 18

Cet article traite encore une fois du directeur, cette fois en prévoyant l'octroi d'une indemnité spéciale. Une prime de risque est également prévue pour « le personnel » affecté au service d'un établissement. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la signification de la formule « durant leur période d'affectation ». Est-ce à dire que les directeurs des différents établissements sont des membres de la direction générale « affectés » pour une période donnée de la direction générale à la direction d'un établissement? Quel texte prévoit ce mécanisme? Au niveau du personnel, est-ce que l'ensemble de ce personnel ou seulement une partie va bénéficier d'une prime à risque? Cette prime sera-t-elle la même pour tous les membres du personnel? Le Conseil d'Etat donne à considérer qu'une telle prime n'est pas prévue par la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police.

Article 19

Le paragraphe 1^{er} aborde la question des enseignements dispensés aux détenus (et non pas en faveur des détenus) sous l'optique administrative du personnel nécessaire à cet effet. Le principe de l'enseignement, les conditions et modalités doivent être fixés dans le chapitre sur les détenus. Le statut des enseignants est une question accessoire. Le Conseil d'Etat estime que le paragraphe 1^{er} est superflu et qu'il est à omettre. Le détachement est en effet réglé par l'article 7 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

Le paragraphe 2 concerne la question tout à fait différente de la responsabilité du système informatique. Cette question est encore abordée sous l'aspect, cette fois non pas d'un détachement, mais d'une délégation d'agents du Centre des technologies de l'information de l'Etat. Le concept de délégation est inconnu dans le statut de la fonction publique.

Article 20

L'article 20 est le troisième article qui traite des problèmes de formation: L'article 6 prévoit la création d'un institut de formation; l'article 7 place la formation professionnelle dans les attributions du directeur; l'article sous rubrique institue un conseil de formation. Quelle est l'articulation des compétences entre ces différentes instances? Le Conseil d'Etat note l'importance attachée par les auteurs du texte au conseil de formation, alors que le projet de loi reste très discret sur une série d'autres problèmes relatifs à la gestion et au fonctionnement des établissements pénitentiaires.

Chapitre 3 – De l'unité psychiatrique spéciale

Article 21

L'article 21 est l'article unique d'un chapitre particulier consacré à l'unité psychiatrique spéciale. Il ne comporte pas moins de six paragraphes dont la lecture et la compréhension sont loin d'être aisées. Le commentaire comprend plusieurs pages où les auteurs soulignent la complexité du problème et la difficulté de trouver une solution adéquate. Ils exposent avoir opté pour une médicalisation des structures pénitentiaires plutôt que pour une sécurisation des structures psychiatriques existantes. Dans son avis, le Collège médical parle d'un « problème quasi insoluble » et admet que la solution envisagée par les auteurs peut être considérée comme « la moins mauvaise ». Il souligne toutefois la nécessité de conserver à cette unité sa dimension médicale et son indépendance stricte par rapport aux structures pénitentiaires. Le Conseil d'Etat n'est pas en mesure de se prononcer sur ce choix. Il entend se limiter aux questions d'ordre juridique que soulève le texte proposé.

Le Conseil d'Etat relève d'abord que le statut juridique de l'unité à créer est loin d'être clair. La cellule est créée par la loi sous examen portant réforme de l'administration pénitentiaire. D'après le paragraphe 1^{er}, elle est instituée dans l'enceinte du centre pénitentiaire et elle est prioritairement destinée à recevoir des placés judiciaires. D'après le paragraphe 4, l'unité est placée sous l'autorité du ministre ayant la Santé dans ses attributions et

échappe donc logiquement à l'administration pénitentiaire. Le paragraphe 5 ne lui reconnaît toutefois qu'une autonomie de gestion par rapport au centre pénitentiaire, ce qui est d'ailleurs normal dès lors que l'unité reste implantée dans le centre pénitentiaire pour des raisons de sécurité. Toujours est-il que les dispositions proposées sont source de confusion et de conflits potentiels de compétence entre autorités pénitentiaires et le ministère de la Santé. Il y aurait lieu de prévoir qu'est implantée, dans l'enceinte du centre pénitentiaire de Luxembourg, une unité psychiatrique spéciale relevant de l'établissement public dénommé « centre hospitalier neuropsychiatrique ».

Le paragraphe 1^{er} définit les personnes placées par référence à l'article 71 du Code pénal et par référence à la loi du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans leur consentement de personnes atteintes de troubles mentaux, loi qui, à son tour, se réfère à l'article 71 dans son chapitre VI. Le paragraphe 2 de l'article sous examen ajoute une référence aux détenus visés par l'article 71-1 et aux détenus « de droit commun » nécessitant des soins psychiatriques ou psychologiques particuliers. Il s'agit de groupes distincts. Le régime juridique varie, placement obligatoire dans un cas, facultatif dans l'autre. Le champ d'application personnel n'est pas, en tous points, égal à celui de la loi du 10 décembre 2009, précitée. Le Conseil d'Etat voit encore des problèmes majeurs de cohérence entre l'article sous examen et la loi de 2009, problèmes de cohérence qui ne semblent pas pouvoir être éliminés par les quelques adaptations de la loi de 2009 prévues à l'article 49 de la loi en projet.

La signification du paragraphe 3 est loin d'être claire. Il faut lire le commentaire pour comprendre que les personnes visées par les articles 71 et 71-1 ne sont pas concernées par la procédure d'admission spécifique organisée au paragraphe 3. S'agit-il dès lors des seuls condamnés détenus pour qui un traitement psychiatrique devient nécessaire en cours d'exécution de la peine? Encore ces condamnés ne doivent-ils pas avoir profité d'une réduction de la peine en vertu de l'article 71-1? Le paragraphe 3 illustre une nouvelle fois l'incohérence et l'imprécision des dispositions et la difficulté de faire coexister le dispositif nouveau avec celui de la loi de 2009. Quelle est l'utilité de l'information de la chambre d'application des peines, alors que l'admission se fait sur indication médicale? On voit mal la chambre d'application des peines mettre en cause l'avis médical? Par contre, risque de se poser un problème si le médecin-directeur compétent pour l'admission a des doutes sur le bien-fondé du certificat médical de transfert.

En ce qui concerne le paragraphe 4 et la première phrase du paragraphe 5, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations relatives au statut de l'unité psychiatrique.

Dans un texte de loi, la formule « pour autant que de besoin l'article en cause s'applique » est inadmissible. Pour le surplus, le Conseil d'Etat renvoie à ses interrogations quant à la portée de l'article 14. Quelle est la différence entre la sécurité intérieure et extérieure? Qui a la compétence pour recourir à la force? La phrase qui prévoit une gradation du recours à la force par des autorités différentes selon « l'ampleur d'un incident survenu ou redouté » illustre peut-être la difficulté de la question, mais ne constitue pas une réponse juridique valable. Dans une optique purement légistique, le renvoi à l'article 39 (et non pas l'article 38 comme indiqué dans le texte) est

superflu, l'article 39 ayant une portée générale et couvrant évidemment l'hypothèse prévue dans la disposition sous examen.

En ce qui concerne le paragraphe 6, le Conseil d'Etat se demande si des questions essentielles telles que les relations entre unité psychiatrique et centre pénitentiaire peuvent être reléguées à un règlement grand-ducal. Il faudrait préciser dans la loi que le centre thérapeutique est géré par le « centre hospitalier neuropsychiatrique », de façon autonome par rapport au centre pénitentiaire de Luxembourg. Il est compétent pour assurer sa sécurité intérieure, seule sa sécurité extérieure étant assurée par le centre pénitentiaire. Lorsque la gravité ou l'ampleur d'un incident survenu ou redouté à l'entrée ou à l'intérieur de l'unité psychiatrique spéciale ne permet pas d'assurer le rétablissement ou le maintien de l'ordre et de la sécurité par les seuls moyens des employés de l'unité, le directeur de l'établissement psychiatrique spécialisé ou celui qui le remplace requiert auprès du directeur du centre pénitentiaire de Luxembourg l'assistance de l'administration pénitentiaire, sans préjudice d'un recours à la police, conformément à l'article 38, paragraphe 1^{er}, lorsque la gravité ou l'ampleur de l'incident le justifie.

Pour les modalités de fonctionnement de l'unité psychiatrique spéciale, ses structures et ses relations avec l'administration pénitentiaire sont déterminées par règlement grand-ducal.

Dans le souci de sauvegarder les droits des professionnels de la santé et des patients au sens de l'article 11 de la Constitution, le Conseil d'Etat demande sous peine d'opposition formelle un réexamen du texte.

Chapitre 4 – Des relations entre l'administration pénitentiaire et les autorités judiciaires

Article 22

L'article 22 vise à créer une structure destinée à prévenir les difficultés pratiques que les auteurs du projet de loi croient devoir affronter à la suite de la séparation organique entre le parquet général et la nouvelle administration pénitentiaire. Si le Conseil d'Etat peut comprendre ces appréhensions, il s'interroge sur le rôle et les attributions concrètes de ce comité de coordination. Quelle pourra être la position d'un juge de la chambre d'application des peines dans un tel comité? La chambre est une juridiction qui statue dans les limites de sa saisine en application du droit. Si elle entend avoir l'avis de l'administration pénitentiaire, elle le demandera; elle n'a pas sa place dans une structure de coordination.

Le paragraphe 2 définit la mission du comité de coordination par la mission générale d'assurer la coordination. La formule relève du pléonasme. Le renvoi à l'article 4 n'apporte pas plus de précision. Quelles seraient des missions particulières à côté de la mission générale? Le Conseil d'Etat se limite à renvoyer à ses observations à l'endroit de cette disposition.

Le seul paragraphe plus détaillé est le paragraphe 3 qui porte sur la présidence, le secrétariat et le fonctionnement du comité.

Le renvoi à un règlement grand-ducal n'est pas de nature à apporter des précisions supplémentaires. Le Conseil d'Etat note encore que le paragraphe 4 prévoit qu'un règlement grand-ducal « peut » être pris. D'autres dispositions du projet de loi reprennent la même formulation (article 28, paragraphe 4; article 30, paragraphe 2; article 30). Le Conseil d'Etat rappelle qu'en vertu de l'article 36 de la Constitution, le Grand-Duc peut toujours, au titre de son pouvoir spontané, adopter les règlements d'exécution qui s'avèrent nécessaires. Cette faculté n'a pas à être prévue expressément. L'indication qu'un règlement peut être adopté est vide de sens au niveau juridique et est à omettre.

Article 23

Le seul point commun des trois paragraphes est qu'ils portent sur une opération matérielle de transfèrement d'un détenu. Le régime juridique est toutefois différent dans chaque cas, de sorte que le Conseil d'Etat s'interroge, d'abord, sur la nécessité de régler chaque situation et, ensuite, sur le regroupement dans un seul article.

Le transfèrement entre établissements pénitentiaires, visé au paragraphe 1^{er}, est en réalité une question administrative. La difficulté provient du fait qu'elle peut être ressentie par le condamné comme une sanction et que les auteurs la conçoivent également comme telle, d'où le renvoi aux recours en matière disciplinaire. Le Conseil d'Etat comprend qu'il n'est pas indiqué d'admettre un recours devant le juge administratif. Il relève également que toute mesure de transfèrement ne devrait pas être appréhendée d'office sous l'aspect disciplinaire.

Le transfèrement, au sens du paragraphe 2, renvoie au régime d'exécution des peines. La mesure est à exécuter par l'administration comme toute autre mesure, sans qu'il faille la régler dans la loi sous projet. Si le condamné obtient un régime de semi-liberté, exécuté au centre dit semi-ouvert de Givenich, l'octroi de ce régime implique évidemment un transfèrement. Ce transfèrement n'est toutefois pas une mesure spécifique relevant de la « compétence » de la chambre de l'application des peines. Le paragraphe 2 est à omettre.

Le transfèrement des prévenus ne relève ni de l'exécution des peines ni de l'administration pénitentiaire dans le cadre de l'exécution des peines. La décision incombe au seul magistrat compétent. Il s'agit d'une décision de justice ou d'administration judiciaire à exécuter. Le directeur d'un établissement n'a pas à être entendu en son avis. Le Conseil d'Etat insiste à voir omettre le paragraphe 3.

Article 24

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la portée propre de cette disposition, alors qu'elle ne fait que rappeler la compétence du directeur. Ce dernier ne dispose d'ailleurs que de compétences pour l'exécution matérielle du transfèrement qui intervient sur décision médicale. L'information de la chambre d'application des peines, au-delà de la question de savoir si elle est nécessaire, n'a pas à être précisée. De même, l'information du magistrat compétent dans le cas d'un prévenu peut se faire et se fait à l'heure actuelle sans consécration formelle dans la loi. D'un point de vue formel, il y aura en

tout cas lieu de remplacer le terme de « compétence » par celui de « décision » pour rester dans la logique de la terminologie du paragraphe 1^{er} de l'article 23.

Article 25

Les autorités judiciaires, qu'il s'agisse des parquets ou des juges, peuvent, au titre des règles du Code d'instruction criminelle, qu'il s'agisse de celles sur l'exécution des peines ou de celles sur les enquêtes, obtenir de la part de l'administration pénitentiaire toutes les informations souhaitées. Il est inutile de consacrer ce droit à l'information dans la loi sous examen. Si la police agit dans le cadre d'une enquête préliminaire ou sur commission rogatoire du juge d'instruction, elle dispose des droits des autorités judiciaires. Le Conseil d'Etat insiste sur l'omission du texte qui est parfaitement inutile.

Article 26

Ainsi que le Conseil d'Etat l'a relevé dans son observation concernant l'article 4, il peut parfaitement concevoir la nécessité d'une communication à l'administration pénitentiaire de données pénales concernant les détenus. L'article 26 tel qu'il est formulé est incompréhensible au niveau de sa portée. Quels sont les détenus visés, les condamnés ou les prévenus? Que signifie la formule « sans préjudice de l'article 8 du Code d'instruction criminelle »? Les informations portent-elles uniquement sur le dossier pénal après décision de condamnation? Si tel est le cas, il faut le dire clairement et le justifier par le traitement pénitentiaire. Quelles sont les informations à fournir par la police? Une fois que la procédure judiciaire est en cours, il n'y a plus de données policières « autonomes ». Qui contrôle si les informations sont nécessaires pour l'exécution de la mission de l'administration? Cette condition se résumera-t-elle à une formule de style? S'agissant de la communication de données judiciaires considérées comme des données sensibles dans la législation nationale et européenne sur la protection des données, le Conseil d'Etat ne saurait admettre en vertu du principe de la protection de la vie privée, inscrit à l'article 11, paragraphe 3 de la Constitution, sous peine d'opposition formelle, un texte aussi peu précis que celui de l'article sous examen. Il renvoie par ailleurs à ses observations à l'endroit de l'article 4.

Chapitre 5 – Des détenus

Article 27

Les paragraphes 1^{er} et 2 sont à omettre alors qu'il s'agit de déclarations programmatiques ou d'un rappel d'évidences.

Le paragraphe 3 institue un recours hiérarchique en matière disciplinaire en tant que préalable du recours devant la chambre d'application des peines. Cette disposition est à insérer à la suite de l'article 36 sur les sanctions disciplinaires. Le texte sous examen fait référence à l'article 698 du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat rappelle qu'il a proposé, dans son avis de ce jour concernant le projet de loi portant réforme de l'exécution des peines, d'intégrer toutes les dispositions sur les recours en matière disciplinaire dans le projet de loi sous examen.

Article 28

L'article 28 relatif au contrat volontaire d'intégration est une des dispositions centrales du projet de loi.

Le paragraphe 1^{er} portant définition de ce contrat n'est pas très précis. Il faut se reporter au commentaire pour saisir le but poursuivi par les auteurs du texte. Or, le commentaire soulève la question fondamentale du choix entre un plan d'exécution des peines en vue d'une réintégration et un contrat. Sauf à jouer sur les mots pour faire intervenir le facteur de la « confiance mutuelle » entre condamné et administration pénitentiaire, on ne voit pas très bien en quoi réside l'élément consensuel. N'est-il d'ailleurs pas contradictoire d'intégrer la logique du consensualisme dans une procédure qui est, par essence, un acte d'autorité par rapport au condamné soumis à l'exécution d'une peine? Le terme de contrat risque d'être vide de toute portée juridique. S'ajoute à cela que l'établissement pénitentiaire n'est pas une entité juridique en droit de conclure des contrats avec les détenus. Le Conseil d'Etat ne saurait admettre que, pour des raisons philosophiques pour honorables qu'elles soient, on dénature la signification de concepts juridiques. Le Conseil d'Etat note que la loi suisse, qui semble avoir inspiré les auteurs du projet de loi, consacre le concept de « plan d'exécution » ou de « *Vollzugsplan* ».

Se pose encore une autre question fondamentale ayant trait aux rapports entre ce contrat et les modalités d'exécution des peines. Alors que le commentaire essaie de distinguer les deux mécanismes, il est évident, même pour le non-spécialiste, que l'octroi de mesures d'aménagement des peines ne saurait se concevoir sans tenir compte du traitement pénitentiaire auquel paraît devoir se résumer le contrat d'intégration.

Le Conseil d'Etat ajoute une troisième interrogation quant au traitement à réserver aux condamnés qui n'ont pas pris d'engagement au titre d'un tel contrat. Même pour ces détenus, il faut prévoir un travail pénitentiaire les préparant à la réinsertion sociale.

Une dernière observation porte sur le champ d'application personnel de ce contrat. D'après le texte, sont également visés les prévenus non condamnés, c'est-à-dire les personnes en détention préventive. Le Conseil d'Etat émet des réserves les plus formelles par rapport à l'application du mécanisme du contrat d'intégration à des personnes non encore condamnées et bénéficiant de la présomption d'innocence.

Si, malgré toutes ces observations critiques, le législateur entend consacrer dans la loi l'instrument d'un plan d'intégration accepté, il sera indispensable de déterminer plus en détail son contenu et les rapports avec les modalités d'exécution des peines. Le renvoi à un règlement grand-ducal au paragraphe 3 est insuffisant.

En l'état actuel du texte, au regard de l'article 12 de la Constitution en combinaison avec l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle.

Le paragraphe 2 conforte le Conseil d'Etat dans ses réserves en ce que les auteurs du projet de loi admettent eux-mêmes que l'efficacité de l'instrument doit être évaluée périodiquement et en ce qu'ils reconnaissent le lien avec l'exécution des peines. Dans une optique de légistique, le Conseil d'Etat considère qu'il peut être fait abstraction de ce paragraphe. Le ministre peut toujours procéder ou faire procéder à une évaluation des instruments prévus dans une loi ou de leur application sans que cela doive être expressément prévu.

Article 29

L'article 29 est le premier d'une série de trois articles sur les droits du détenu dans le domaine des communications avec l'extérieur.

Le Conseil d'Etat voudrait formuler une première question relative à l'assimilation des détenus condamnés et des détenus prévenus. Compte tenu de la différence de leur statut juridique, de la différence entre les autorités responsables et des particularités de l'instruction préparatoire, le Conseil d'Etat se demande si on peut soumettre les deux groupes au même régime juridique. L'article 31 sur le courrier postal qui prévoit des limites au droit de communication dans le cadre de l'instruction préparatoire est une illustration des problèmes résultant de cette assimilation.

Le texte sous examen vise à la fois les visites et les sorties, même si le régime des sorties n'est pas précisé. Or, les sorties aux fins de maintien de relations sociales renvoient au congé pénal qui constitue une mesure d'exécution des peines. Y aura-t-il deux régimes de sortie?

En ce qui concerne le régime des visites, le Conseil d'Etat propose d'affirmer d'abord le droit et les limites (paragraphe 1^{er} et 3) avant de parler des modalités, y compris avec renvoi à un règlement grand-ducal (paragraphe 2 et 3). Il faudrait préciser que les visites sont autorisées ou interdites par le directeur de l'établissement. Pour les détenus non condamnés, les autorités judiciaires sont compétentes. Le Conseil d'Etat note que le champ d'application personnel des « visiteurs » n'est pas autrement défini, alors que l'article 30, qui sera examiné par la suite, détermine en détail les personnes ayant accès à l'établissement pénitentiaire. Le Conseil d'Etat comprend que les visites doivent pouvoir être restreintes pour des raisons de sécurité; l'ajout du terme de sûreté ne s'impose toutefois pas. Il s'interroge encore sur la justification de l'interdiction des visites qui seraient préjudiciables à la famille du condamné ou aux visiteurs eux-mêmes. De quel droit et sur la base de quels critères le directeur d'un établissement interdirait-il une visite pour protéger le visiteur contre une démarche qu'il a choisie de faire ou pour protéger la famille, fût-ce à l'insu de celle-ci? Quel est le régime de recours contre de tels actes qui ne peuvent pas « *per se* » être qualifiés de mesures disciplinaires?

Article 30

L'article sous examen vise la communication avec les détenus et le droit de professionnels externes d'accéder à l'établissement pénitentiaire.

Le renvoi opéré au paragraphe 1^{er} à l'article 27 est à omettre, compte tenu de la proposition de supprimer cette disposition. Quel serait d'ailleurs

le contenu concret de ce renvoi? En ce qui concerne l'énumération des professionnels et des autorités, le Conseil d'Etat se demande si un renvoi général aux autorités judiciaires ne serait pas suffisant. Le droit d'accès du contrôleur externe des lieux privatifs de liberté n'a pas à être répété dans la loi sous examen.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la détermination des autres « intervenants extra-pénitentiaires », au paragraphe 2, alors que le paragraphe 1^{er} énumère en détail les professionnels concernés. Il faut dire, d'abord, que l'accès n'est pas libre, mais peut être autorisé, sous des conditions à définir, au profit d'autres intervenants qu'il faudrait circonscrire. Compte tenu de la nature des organisations et personnes auxquelles fait référence le commentaire, on peut considérer qu'il s'agit plutôt d'un droit d'accès à l'établissement que d'un droit individuel du détenu à des visites. A cet égard, se pose la question de la nature d'une telle autorisation d'accès, générale ou pour une seule visite. La formulation du paragraphe 2 qui renvoie à la possibilité d'adopter un règlement grand-ducal pour déterminer les modalités d'accès des « autres intervenants » n'est pas admissible. La détermination des autres intervenants ne peut pas être opérée dans un règlement grand-ducal qui porte sur les modalités d'accès. Le renvoi à un règlement grand-ducal « facultatif » est encore incompréhensible. S'agissant de questions liées à la privation de liberté, les règles essentielles du droit de visite sont à fixer dans la loi. Pour les modalités, il peut être renvoyé à un règlement grand-ducal, à l'instar du paragraphe 3 de l'article 29. Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'Etat demande une reformulation du texte.

Article 31

L'article sous examen traite du droit fondamental de la liberté de la correspondance. Il maintient la distinction classique entre le courrier postal et les moyens de communication électroniques. La question des communications téléphoniques n'est pas abordée spécifiquement, ce qui laisse penser que les auteurs la considèrent comme une modalité des communications électroniques. La formulation de la liberté de communication et des restrictions n'est pas la même pour les deux mécanismes. La détermination de la liberté de communication électronique est des plus vagues alors qu'il est renvoyé à un règlement grand-ducal, non pas pour déterminer les limites à cette liberté, mais pour définir son contenu. Le concept de sanction disciplinaire n'est utilisé qu'en relation avec la communication postale traditionnelle. Le Conseil d'Etat ne considère pas que les différences techniques évidentes entre les mécanismes anciens et modernes, notamment au regard des possibilités de contrôle, justifient le maintien ou la consécration d'une différence de régime juridique. Le Conseil d'Etat rappelle d'abord qu'en matière de détention préventive les compétences résident entre les mains des autorités judiciaires. En dehors de ce cadre, le Conseil d'Etat s'interroge encore sur le rapport entre les restrictions au courrier postal et les sanctions disciplinaires. L'ensemble des sanctions disciplinaires doivent être fixées dans une disposition de la loi sans que de telles sanctions puissent être introduites au détour d'une disposition sur la portée du droit au courrier postal. Le renvoi, pour les restrictions, à l'objectif de l'exécution des peines, à côté des missions de l'administration pénitentiaire, montre une nouvelle fois la difficulté de différencier entre les mesures pénitentiaires et les mesures d'exécution des

peines. En tout état de cause, la disposition qui prévoit qu'une restriction au droit de correspondance peut être décidée à titre de sanction disciplinaire, sans déterminer dans la loi les incriminations susceptibles d'être ainsi sanctionnées, ne respecte pas le principe de la légalité des incriminations inscrit à l'article 12 de la Constitution. Le Conseil d'Etat doit en conséquence s'opposer formellement à cette disposition.

Article 32

L'article 32 énonce le droit fondamental à la santé du détenu. Le texte renvoie à l'article 14 qui aborde la question sous l'optique d'une mission de l'administration pénitentiaire. Le Conseil d'Etat rappelle ses observations à l'endroit de l'article 14 et sa proposition de regrouper les textes ayant trait aux questions de santé.

L'article sous examen fait encore référence à la préservation de l'intégrité physique et morale. Ces concepts ont une portée bien différente du droit aux soins de santé en ce qu'il est renvoyé, du moins implicitement, à la protection contre la torture ou contre les traitements inhumains ou dégradants. Le Conseil d'Etat se demande si une loi moderne sur le traitement pénitentiaire ne devrait pas réserver des dispositions particulières et plus précises à cette question.

Article 33

L'article sous examen constitue une expression du droit d'association des détenus au sein des établissements pénitentiaires. Loin de nier ce droit constitutionnel dont l'exercice n'est pas sans soulever des problèmes dans un lieu de privation de liberté, le projet le reconnaît expressément tout en essayant de l'encadrer. Quatre limites sont à relever: Il y aura une seule délégation de détenus; elle devra être représentative; elle s'occupera de la défense des intérêts collectifs; elle se bornera à dialoguer avec les autorités compétentes.

Le Conseil d'Etat considère que la justification de ces restrictions peut être contestée. Les condamnés et les détenus non condamnés seront-ils forcés à faire partie de la même association? Le Conseil d'Etat s'interroge sur la détermination des critères prévus, sur leur respect, sur le règlement de conflits en cas de divergence d'appréciation et sur des recours éventuels. Il doute encore de l'application pratique de ce mécanisme; comment la direction de l'établissement pénitentiaire va-t-elle organiser les réunions, les débats et les « élections »? Le renvoi à la possibilité d'adopter un règlement grand-ducal pour déterminer les « modalités afférentes » ne suffit pas pour régler ces questions qui ne se résument pas à des « modalités y afférentes ». Pour des raisons tenant aux droits individuels des détenus et à la sécurité juridique, le Conseil d'Etat ne saurait pas, sous peine d'opposition formelle, accepter le texte sous examen.

Article 34

L'article 34 constitue une disposition essentielle qui prévoit pour les condamnés une obligation de travailler, dont le refus d'exécution non justifié peut de surcroît être disciplinairement sanctionné.

Les auteurs se réfèrent, pour expliquer ce changement, aux législations d'autres Etats européens, à l'objectif de préparer la réintégration sociale des condamnés et à l'expérience pratique du travail en milieu carcéral. Le Conseil d'Etat note que l'article 289 du règlement grand-ducal actuel du 24 mars 1989 concernant l'administration et le régime interne des établissements pénitentiaires prévoit déjà que le travail pénitentiaire est obligatoire pour les condamnés criminels et correctionnels. Il relève que l'article 4, paragraphe 3, point a) de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui a trait à l'interdiction du travail forcé, ne considère pas comme « travail forcé ou obligatoire » le travail normalement requis des personnes détenues. Le Conseil d'Etat renvoie, à cet égard, à l'arrêt *Stummer c/ Autriche* du 7 juillet 2011 de la Cour européenne des droits de l'homme.

Sans entendre, dès lors, mettre en cause le choix des auteurs du projet de loi, le Conseil d'Etat s'interroge sur la mise en pratique de ce régime, en particulier sur la prise en considération des critères d'assignation à un travail, sur la nature du travail assigné, sur les procédures à suivre et sur les recours éventuels. Il se demande, par ailleurs, ce qu'il faut entendre par un refus non justifié d'exercer le travail assigné.

Le Conseil d'Etat s'interroge encore si les règles d'exécution du travail et la question de la rémunération peuvent être reléguées à un règlement grand-ducal, d'autant plus que l'application du Code du travail est expressément exclue.

D'un point de vue formel, la numérotation des paragraphes, dans le texte transmis au Conseil d'Etat, est à revoir.

Article 35

La première phrase du paragraphe 1^{er} de l'article sous examen trouve sa place dans l'article précédent en ce qu'elle traite du travail au sein de l'établissement pénitentiaire. La disposition règle une question essentielle sur laquelle l'article 34 garde le silence, à savoir celle du lien entre l'obligation du condamné d'exercer le travail assigné et le droit au travail. Même si la formulation selon laquelle les établissements offrent du travail « dans la limite de leurs moyens » n'est pas des plus heureuses, il est évident que l'obligation de travailler n'implique pas un droit de travailler.

La seconde phrase porte sur la question de la rémunération pour laquelle le paragraphe 2 de l'article 34 renvoie à un règlement grand-ducal. En ce qui concerne la présentation, ces dispositions sont à regrouper. Sur le fond, le Conseil d'Etat a du mal à saisir la signification de la disposition qui vise à garantir l'équivalence entre la rémunération du travail et des autres activités proposées dans le cadre du contrat d'intégration. Le commentaire n'est pas plus clair que le texte de la disposition. Est-ce que les activités dans le cadre d'un tel contrat seront rémunérées, même s'il ne s'agit pas d'un travail? S'agit-il de garantir, à titre d'incitatif, à tout condamné un pécule pour toute activité, y compris pour une formation? Si tel est le sens de la disposition, le paragraphe 2 de l'article 34 devient incompréhensible.

La référence à la formation et à l'enseignement pourrait utilement être enlevée du paragraphe 1^{er}, ces questions étant traitées au paragraphe 2. Le

Conseil d'Etat note que ce paragraphe vise, de façon plus générale, les activités organisées dans le cadre du contrat d'intégration. Il doit donc être lu en relation directe avec l'article 28 qu'il vient compléter.

L'article 35 soulève une question plus fondamentale du contenu du contrat d'intégration et de la place du travail dans un tel contrat. Est-ce que des activités de formation sont seulement offertes dans le cadre d'un tel contrat? Qu'en est-il de l'accès au travail ou de l'obligation de travailler en relation avec le contrat d'insertion? Dès lors qu'il peut être assigné, le travail n'est pas lié à l'acceptation d'un tel contrat. Sera-t-il refusé si le condamné n'accepte pas le contrat d'intégration? Le moins qu'on puisse dire est que les dispositions des articles 28, 34 et 35 sont loin d'être claires et gagneraient à être réexaminées.

Article 36

L'article sous examen est une disposition centrale du projet de loi. Il traite en six paragraphes la question des sanctions disciplinaires.

Le paragraphe 1^{er} pose le principe de l'imposition de sanctions disciplinaires et répond ainsi à l'exigence d'une base légale de tout régime disciplinaire. La faute disciplinaire est déterminée par référence au non-respect des obligations légales et réglementaires des détenus et encore par le non-respect des instructions du personnel. Cette dernière référence peut poser problème alors qu'elle renvoie à la question du pouvoir d'injonction du personnel qui devrait être plus clairement déterminé dans la loi.

Le paragraphe 2 renvoie pour la détermination des fautes et des sanctions disciplinaires à un règlement grand-ducal tout en rappelant l'exigence de précision et le respect des droits de la défense et du principe de proportionnalité. Le Conseil d'Etat considère que le rappel de ces principes dans la loi est parfaitement superflu alors que ceux-ci sont ancrés dans la Constitution et dans le droit international. Par contre, se pose, dans la logique du respect du principe de la légalité des délits et des peines, la question de savoir si la loi peut renvoyer à un règlement grand-ducal. La Cour constitutionnelle a souligné l'application du principe de la légalité des incriminations et des peines en matière disciplinaire, tout en relevant que le respect dudit principe ne s'impose pas avec la même force dans le droit disciplinaire que dans le droit pénal. De même, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est très prudente quant à l'extension de la qualification de matière pénale aux mesures disciplinaires en milieu carcéral. Il n'en reste pas moins que le Conseil d'Etat préconise une détermination des fautes disciplinaires et des sanctions dans la loi. La référence, dans la loi, à un montant maximum pour les amendes est, à cet égard, insuffisante, alors que des sanctions autres que pécuniaires sont envisagées. A noter que le paragraphe 1^{er} contient déjà un début de définition en renvoyant au non-respect des obligations légales. Ce texte devrait être complété par une référence aux articles précis de la loi. Il y a, ensuite, lieu d'intégrer la liste des sanctions disciplinaires. Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'Etat ne peut pas admettre le texte tel qu'il est formulé.

La consécration des garanties procédurales au paragraphe 3, que le Conseil d'Etat approuve, le conforte dans sa demande de voir préciser également les fautes et les sanctions dans la loi.

Le paragraphe 4 prévoit que les sanctions disciplinaires sont prononcées par le directeur de l'établissement pénitentiaire, mais doivent faire l'objet d'un recours hiérarchique avant l'introduction d'un recours juridictionnel. Le Conseil d'Etat marque son accord avec ce mécanisme. Il note toutefois qu'il ne s'agit pas d'un recours gracieux, par ailleurs toujours possible même en l'absence de texte, mais d'un recours administratif spécifique, préalable indispensable à la saisine du juge. Encore faudra-t-il prévoir le délai dans lequel le directeur de l'administration générale doit statuer pour ouvrir droit à la saisine du juge.

Le recours juridictionnel est organisé au paragraphe 5. Les dispositions afférentes pourraient utilement être combinées avec celles de l'article 696 nouveau que le projet de loi portant réforme de l'exécution des peines entend insérer dans le Code d'instruction criminelle et que le Conseil d'Etat a proposé dans l'avis relatif à ce projet de loi de transférer dans le projet de loi sous examen. Dans son avis de ce jour sur le projet de loi n° 6381 portant réforme de l'exécution des peines, le Conseil d'Etat a proposé de régler l'ensemble des règles sur les recours en matière disciplinaire dans le cadre de la loi en projet. Il a également examiné la question du double degré de juridiction en relation avec les sanctions disciplinaires. Il renvoie à ces considérations.

Le paragraphe 6 traite de deux questions distinctes, celle de la réparation de dommages volontairement causés par le détenu et celle de la confiscation, qualifiée de retrait, d'objets dont la possession est interdite. Ces questions seraient utilement traitées dans des dispositions séparées.

En ce qui concerne la responsabilité du détenu pour assumer la réparation des dommages causés, le Conseil d'Etat considère que le droit commun de la responsabilité civile a, en principe, vocation à s'appliquer. Or, le texte proposé institue un droit de l'administration pénitentiaire de faire réparer « unilatéralement » le préjudice aux frais du détenu. Si l'acte dommageable est lié à une infraction ou à une faute donnant lieu à sanction disciplinaire, il y aura un acte juridique sur la base duquel on peut constater le dommage. La responsabilité civile peut ainsi se trouver en relation avec la responsabilité pénale ou disciplinaire. Le Conseil d'Etat s'interroge toutefois sur la nature de l'acte qui constate la responsabilité et évalue le montant du préjudice dans l'hypothèse d'un acte de négligence. Ne s'agit-il pas d'une décision de l'administration pénitentiaire qui devrait pouvoir faire l'objet d'un recours en cas de contestation? Dans un souci de sauvegarder les droits des détenus dont la responsabilité civile est en cause, dont notamment le droit de recours en cas de contestation de ses responsabilités, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, à voir préciser le dispositif légal.

La saisie d'un objet dont la possession est interdite est uniquement appréhendée en tant que « mesure accessoire » de la sanction disciplinaire. Le Conseil d'Etat considère que le lien entre la faute disciplinaire et la possession ou l'utilisation de l'objet interdit n'est pas très clair. Est-ce que la faute disciplinaire réside dans la possession de l'objet interdit ou est-ce

que l'acte interdit a été posé moyennant utilisation de l'objet interdit? Il faudrait en tout cas déterminer une liste d'objets interdits ou le pouvoir de l'administration d'interdire la possession de certains objets, déterminer si la possession de ces objets constitue une faute disciplinaire et consacrer le droit de « retrait ». Le terme de retrait est d'ailleurs impropre; il s'agit, soit de saisir l'objet qui pourra ou devra à une date ultérieure, au plus tard à la sortie de prison, être restitué à l'intéressé, soit de le confisquer, ce que semblent indiquer les mots « en disposer sans dédommagement du détenu ». Or, dans ce cas, on est en présence d'une sanction patrimoniale et d'une ingérence évidente dans le droit de propriété qui requiert, sous peine d'opposition formelle, une réglementation dans la loi.

Article 37

Le paragraphe 1^{er} renvoie, dans la première phrase, à un règlement grand-ducal pour déterminer les modalités administratives de l'admission et de la sortie des établissements pénitentiaires, des régimes de détention et de la tenue des dossiers individuels. Il s'agit, d'après le commentaire, de donner une base légale au règlement actuel du 24 mars 1989 concernant l'administration pénitentiaire. Le Conseil d'Etat note que la « sauvegarde » ne peut pas valoir pour l'ensemble du règlement alors que les volets concernant la structure administrative, la sécurité, le traitement médical des détenus, le travail et la formation sont réglés dans la loi sous objet. Se pose la question de savoir quels chapitres du Titre IV du règlement précité sont visés. Le Conseil d'Etat se demande si, dans l'optique des auteurs du projet de loi, le renvoi opéré à l'article 36 à un règlement grand-ducal doit également se comprendre comme renvoi au règlement actuel du 24 mars 1989 qui comporte un chapitre sur la discipline. Il rappelle qu'il a émis des réserves sérieuses par rapport à la détermination du régime disciplinaire dans un règlement grand-ducal. S'il peut concevoir que les modalités administratives de l'entrée et de la sortie des détenus puissent être réglées par règlement grand-ducal, il préconise le recours à la loi pour la détermination des régimes de détention. Ces questions, qui constituent le cœur du régime pénitentiaire, doivent être réglées dans la loi autant, sinon plus que les questions relatives aux structures de direction. En ce qui concerne le dossier individuel, il faudrait au moins prévoir dans la loi qu'un tel dossier existe, qui est responsable de sa tenue, quel est son contenu, quelles sont les personnes et instances qui y ont accès et quels sont les droits du détenu même par rapport à « son » dossier. Au regard des impératifs de protection des droits de la vie privée et de la protection des données personnelles, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au texte tel que formulé.

Autant la première phrase du paragraphe 1^{er} est inadmissible, dans l'optique des droits des détenus, autant la seconde phrase, qui revêt la forme d'une disposition potestative, est superflue. Ainsi que le Conseil d'Etat l'a déjà exposé, il n'est pas indiqué d'alourdir un projet de loi technique de déclarations de nature philosophique dépourvues de la moindre valeur normative ou d'un rappel d'évidences.

Le paragraphe 2 traite d'une mesure disciplinaire particulière, à savoir du placement en régime cellulaire. Le Conseil d'Etat se demande, d'abord, pour quelles raisons cette mesure est expressément prévue dans la loi, alors que les autres mesures sont reléguées à un règlement grand-ducal. Il

rappelle qu'il insiste à régler l'ensemble du régime disciplinaire dans la loi. Il note, ensuite, que le texte sous examen omet de déterminer les conditions dans lesquelles cette mesure peut être appliquée, ce qui est toutefois indispensable dans l'optique de la légalité des incriminations, fussent-elles sanctionnées disciplinairement. Aussi le Conseil d'Etat doit-il s'opposer formellement au texte sous examen. Le régime du recours hiérarchique et du contrôle juridictionnel rejoint celui prévu à l'article 36, ce qui plaide encore pour la solution de régler dans un texte unique l'ensemble du régime disciplinaire. Le renvoi au Code d'instruction criminelle est à omettre, tant dans l'article 36 que dans l'article sous examen, dès lors que, comme le propose le Conseil d'Etat, le recours juridictionnel est organisé dans la loi sous examen et non pas dans le Code d'instruction criminelle.

Chapitre 6 – De la sécurité des établissements pénitentiaires

Article 38

L'article 38 est le premier d'une série de cinq articles qui traitent de la sécurité des établissements pénitentiaires.

Le paragraphe 1^{er} dispose que le directeur de l'établissement assume la responsabilité de la sécurité. Le Conseil d'Etat a du mal à saisir la nuance entre les deux concepts de sécurité et de sûreté que retiennent les auteurs.

L'articulation des paragraphes 2 et 3 est également difficile à saisir. Le paragraphe 2 vise le contrôle des personnes voulant obtenir accès à l'établissement pénitentiaire. Il s'agit logiquement de personnes non détenues. Le paragraphe 3 vise « en outre » la fouille corporelle des détenus. Or, le contrôle des personnes externes accédant à l'établissement et celui des détenus constituent deux questions différentes qui devraient faire l'objet, chacune, d'une réglementation propre, complète et cohérente.

Sur le fond, se pose la question de la compatibilité du régime des fouilles corporelles prévu aux paragraphes 3 et 4 avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour européenne a jugé, sur la base de l'article 3 de la Convention, que les fouilles corporelles doivent, en sus d'être nécessaires pour assurer la sécurité dans la prison, y compris celle du détenu lui-même, être effectuées de manière à ce que le degré de souffrance et d'humiliation ne dépasse pas celui que comporte inévitablement ce type de traitement et que les fouilles corporelles intégrales doivent reposer sur des soupçons concrets et sérieux de dissimulation d'objets ou de substances prohibées (arrêt du 20 janvier 2011, *Shennawy c. France*). Le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, à voir préciser les critères de la fouille corporelle dans le sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La première phrase du paragraphe 4, à l'instar d'un nombre d'autres dispositions du projet de loi sous examen, énonce des principes de nature philosophique dépourvus de portée normative concrète. La disposition est à omettre.

En ce qui concerne la deuxième phrase, le Conseil d'Etat ne saisit pas la portée de la formule selon laquelle les contrôles sont effectués « de façon

aléatoire ». « Aléatoire » ne saurait signifier « arbitraire » alors que le contrôle doit être motivé. La formulation « des objets ou substances prohibés ... sont en cause » est imprécise dans la mesure où elle omet d'indiquer que les personnes à contrôler sont en possession de ces objets ou substances. Si la deuxième phrase soulève la question de la portée de la notion de contrôle aléatoire, la dernière phrase pose le problème de la coexistence de contrôles aléatoires et de contrôles généralisés et de la relation entre les deux. Ne peut-on pas faire l'économie de cette terminologie qui prête à confusion en posant le principe du droit d'opérer des contrôles qui doivent être motivés? Encore faudra-t-il préciser qui a le droit de procéder aux contrôles sur ordre du directeur. Cette question est un aspect de la problématique plus générale évoquée à l'endroit d'autres dispositions relative à la nécessité de déterminer les catégories d'agents, leurs compétences et le pouvoir de recourir à la force. Le Conseil d'Etat rappelle que l'organisation et les attributions des forces de l'ordre constituent, aux termes de l'article 97 de la Constitution, une matière réservée à la loi.

Le paragraphe 5 doit trouver sa place dans la disposition qui règle le contrôle des externes.

Le paragraphe 6 relègue les modalités de contrôle à un règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat renvoie à sa considération concernant le contrôle d'accès des personnes externes et le contrôle des détenus. Le Conseil d'Etat ne comprend pas la portée de la seconde phrase qui vise des modalités « particulières » pour le contrôle des détenus y compris des cellules. Dans la logique d'une distinction des deux régimes de contrôle, il faut prévoir des modalités particulières pour chacun. Le Conseil d'Etat ne saurait, sous peine d'opposition formelle, admettre que le contrôle de la cellule ne soit pas inscrit dans la loi même, mais consacré au détour d'un règlement grand-ducal sur les modalités de contrôle du détenu. Le Conseil d'Etat donne à considérer que des cellules peuvent être occupées par plus d'un détenu et que le contrôle de la cellule, en raison de soupçons à l'égard d'un des détenus, a évidemment un impact sur la sphère privée des autres.

Article 39

L'article sous examen entend régler l'intervention de la police dans l'hypothèse où le directeur n'arrive plus à maintenir la sécurité avec les moyens internes à l'établissement.

Le Conseil d'Etat comprend parfaitement la nécessité de régler cette matière. Il note toutefois que le texte sous examen est incomplet et imprécis.

Le Conseil d'Etat relève, d'abord, que l'article en cause ne règle pas une question essentielle, à savoir celle du recours à la force par le personnel de l'établissement pénitentiaire avant l'appel lancé à la police grand-ducale. La définition des situations dans lesquelles la police doit intervenir est des plus imprécises. Est encore introduite une troisième notion, celle de maintien de l'ordre, qui vient s'ajouter aux concepts de sécurité et de sûreté. Le paragraphe 1^{er} vise un « incident » interne, le paragraphe 2 porte sur une attaque ou menace (d'attaque) externe. Autant le terme attaque est précis et lourd de signification, autant le concept d'incident est vague, d'autant plus qu'il suffit que l'incident soit « redouté ». Comment peut-on apprécier qu'il

n'est pas possible de maintenir l'ordre dans l'établissement au regard d'un incident simplement redouté? S'il s'agit de conférer au directeur un très large pouvoir de faire appel à la police lorsqu'il estime que l'intervention de la police s'impose, autant le dire clairement. On imagine d'ailleurs mal la police refuser d'intervenir au motif qu'il n'y aurait pas incident redouté suffisamment grave.

Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur les responsabilités en cas d'intervention de la police. Qui assume la direction des opérations? En toute logique, s'il devait s'agir de la police, autant consacrer clairement cette compétence. En même temps, le directeur garde ses propres responsabilités du maintien de la sécurité. Comment régler cette coexistence de compétences? Le Conseil d'Etat ne comprend pas davantage l'information du procureur d'Etat. Si l'incident est survenu et s'il est de nature délictuelle, le procureur d'Etat devient compétent au titre des règles du flagrant délit. Parallèlement, le directeur garde sa responsabilité du maintien de l'ordre dans l'établissement. Dans ce cas, l'intervention de la police ne relève en tout cas plus des seules missions de police administrative. Le Conseil d'Etat insiste pour que le texte soit précisé.

Le paragraphe 3 vise le problème différent de la préparation d'un plan de gestion de crises. Autant le Conseil d'Etat approuve l'organisation d'un tel mécanisme de prévention, autant il s'interroge sur la formulation du texte proposé. La réserve des compétences des autorités judiciaires et de la police est incompréhensible, sinon superflue, alors qu'un plan d'intervention pratique des forces de police ne saurait porter atteinte aux compétences légales des autorités concernées. La question de la répartition des compétences se pose d'ailleurs plus, comme exposé ci-dessus, au niveau de l'intervention à la suite d'un incident, qu'au niveau de la préparation d'un plan opérationnel d'intervention, ceci d'autant plus que l'avis du procureur est sollicité. Le paragraphe sous examen consacre encore, au détour d'une phrase incidente, le concept pourtant essentiel de périmètre de compétence de l'administration pénitentiaire. Il faut déterminer, dans une disposition légale précise, le domaine spatial des compétences de l'administration et préciser si ce domaine varie en fonction de situations déterminées. Le Conseil d'Etat exige, sous peine d'opposition formelle, sur la base de l'article 97 de la Constitution, une précision des textes.

Article 40

Dans l'article sous examen est consacré, pour la première fois dans le projet de loi, le concept d'agent pénitentiaire; dans les articles qui précèdent, il est question du personnel pénitentiaire ou de membres de ce personnel. Le Conseil d'Etat considère que la définition de l'agent pénitentiaire et de son rôle revêt une importance au moins aussi grande que la détermination des structures de direction auxquelles est réservé tout le chapitre 2. Le respect de la sécurité juridique exige encore de définir plus clairement les concepts de personnel pénitentiaire par rapport à celui d'agent pénitentiaire et d'introduire une référence aux agents pénitentiaires dans les articles, chaque fois que cela s'impose. Le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations relatives à la nécessité de définir clairement les catégories du personnel et en particulier les agents relevant de l'article 97 de la Constitution.

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, le Conseil d'Etat estime que les agents, avant de veiller à l'intégrité physique des détenus, sont appelés à les surveiller et à assurer leur détention.

Le paragraphe 2 est une disposition centrale qui détermine le recours à la force et l'usage des armes. Le paragraphe 3 renvoie à un règlement grand-ducal pour l'équipement tout en excluant le port des armes à feu dans l'exercice des missions. Le Conseil d'Etat a du mal à saisir l'articulation des textes qui visent d'abord l'usage des armes, avant de déterminer leur port. Le texte est-il à comprendre en ce sens que le recours à l'arme à feu est interdit en toute circonstance? Il est inadmissible d'abandonner à un règlement grand-ducal la détermination des « armes et moyens de contrainte » sans fixer un cadre dans la loi. Le Conseil d'Etat note encore que les concepts d'usage de la force, d'usage d'armes et d'usage de moyens de contrainte ne sont pas définis. De même, les cas dans lesquels il peut y avoir recours à ces mesures se limitent à une énumération d'hypothèses des plus diverses. Le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs du projet sur la loi modifiée du 28 juillet 1973 réglant l'usage des armes et autres moyens de contrainte par les membres de la force publique dans la lutte contre la criminalité qui est beaucoup plus précise et à laquelle il est encore envisagé d'apporter des précisions. Le Conseil d'Etat exige, sous peine d'opposition formelle en relation avec l'article 97 de la Constitution, une précision de la disposition sous examen.

Article 41

Au regard de l'article 48 du projet portant modification de l'article 39 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police, la disposition sous examen est à omettre.

Article 42

L'article 42 constitue une reprise de l'article 18-1 de la loi du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire telle que modifiée par la loi du 22 juillet 2008.

Chapitre 7 – Dispositions additionnelles

Article 43

L'article en cause autorise le Gouvernement à procéder à l'engagement de personnel dans l'administration et dans la police en dehors des règles dites du « numerus clausus ». Avec la multiplication des projets de loi qui autorisent en cours d'exercice un dépassement du « numerus clausus », ce dernier perd sa raison d'être. Le Conseil d'Etat n'est pas en mesure d'apprécier la nécessité de ces engagements, ni le choix entre l'engagement de fonctionnaires ou d'employés. Il ne peut que noter que la réforme envisagée conduit à une augmentation substantielle du personnel par rapport au cadre actuel et cela dans un contexte financier particulièrement délicat. Il relève encore que, sous les lettres c), d) et e) du paragraphe 1^{er}, est prévu l'engagement de personnel dont l'affectation n'est pas déterminée.

Chapitre 8 – Dispositions modificatives, abrogatoires et transitoires

Article 44

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation particulière à faire concernant les points 1 et 2, sauf à rappeler ses interrogations sur la définition des concepts de membres du personnel pénitentiaire et d'agent pénitentiaire et de leurs missions respectives.

Il a des difficultés à accepter l'insertion dans le Code pénal de l'article 337-1 en ce qu'il exclut d'office et en principe toute négligence dans le chef des agents chaque fois qu'un magistrat ou un médecin demande d'enlever au détenu les menottes ou autres moyens de contention ou écarte l'agent lors d'une consultation médicale. Les articles 333 et 334 du Code pénal visent expressément la négligence des préposés. Si l'ordre du magistrat ou du médecin de ne plus appliquer certains dispositifs de sécurité est la cause de l'évasion, il n'y a pas négligence des agents et leur responsabilité n'est pas donnée en vertu des textes actuels. Si la cause de l'évasion réside dans une négligence des préposés et non pas dans la seule non-application des dispositifs de sécurité, on ne saurait pas exclure par principe une responsabilité dans leur chef en raison du simple fait qu'un dispositif particulier de surveillance n'a pas pu être appliqué. En droit, le texte sous examen est inutile dans un cas et difficile à accepter dans l'autre. Le Conseil d'Etat recommande très fermement d'omettre ce texte.

Article 45

Le Conseil d'Etat voudrait faire une observation relative aux concepts retenus. A l'endroit d'autres articles, le Conseil d'Etat a déjà soulevé la question de la définition des concepts de membres du personnel et d'agent pénitentiaire. L'article sous examen introduit, aux points 2, 4 et 5, un nouveau concept, à savoir celui d'agent de garde de l'établissement pénitentiaire. Est-ce que cette dernière notion est synonyme de celle d'agent pénitentiaire, introduite aux points 7, 8 et 9? Le Conseil d'Etat insiste sur la précision et la cohérence des concepts.

Articles 46 et 47

Sans observation.

Article 48

Point 1^{er}

Le Conseil d'Etat ne peut pas apprécier la nécessité d'une augmentation des effectifs de la police au regard de nouvelles missions assignées à la police. Le rapport de la police grand-ducale pour l'année 2010 renseigne dans un tableau le nombre de transports de détenus effectués par la police pour les années 2009 et 2010 ainsi que le nombre d'heures prestées à ce titre, sans indiquer la part des transports de détenus effectués par la police sur l'ensemble des transports de détenus effectués pendant les périodes. Il ne s'agit donc pas de nouvelles missions conférées à la

police. Les nouvelles règles sur la vidéoconférence devraient d'ailleurs permettre de réduire le transport de détenus.

Point 2

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la nécessité d'une requête du procureur d'Etat à la police pour le transport d'un détenu de Givenich vers un autre centre.

Point 3

Sans observation.

Point 4

Au regard de l'article 39 de la loi en projet, le point sous examen est superflu, alors qu'il se limite à introduire dans la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police un renvoi à la loi portant réforme de l'administration pénitentiaire.

Point 5

La disposition définissant les missions qui restent assignées à l'administration pénitentiaire est à insérer dans la loi en projet et non dans la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police.

Article 49

L'article sous examen vise à adapter la loi du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans leur consentement de personnes atteintes de troubles mentaux et doit être vu en relation avec l'article 21 du projet de loi sous examen. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de cet article.

Article 50

Sans observation.

Article 51

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation sur le fond. Il réitère les observations qu'il a faites concernant l'intitulé du projet de loi sous avis, en précisant que dans l'ordonnancement des articles du projet de loi, les dispositions modificatives précèdent les dispositions abrogatoires. La modification du Code de la sécurité sociale consistant dans la suppression de l'article 16, point 4, de l'article 18, alinéa 3 ainsi que l'article 210 de ce code, devra ainsi être opérée dans un article à part, précédant l'article sous avis.

Article 52

Sans observation.

Article 53

L'article sous examen constitue une disposition transitoire qui vise à inciter des fonctionnaires de l'ancienne Administration des postes et télécommunications qui ont gardé le statut de fonctionnaires lors de la création de l'Entreprise des postes et télécommunication à changer d'emploi en devenant agent pénitentiaire.

Le Conseil d'Etat constate que le passage des agents visés vers l'administration pénitentiaire dépend essentiellement des résultats d'un « entretien personnel et professionnel » du directeur de cette administration avec le candidat à la mobilité. Le caractère subjectif qui caractérise les conclusions que le directeur tirera de son entretien contraste avec les efforts en faveur de l'introduction de critères objectifs que l'Etat s'emploie par ailleurs à promouvoir lorsqu'il s'agit d'apprécier les capacités d'un agent à accéder à une fonction déterminée. Cette innovation n'est ni justifiée ni expliquée dans le commentaire de l'article sous examen.

Le Conseil d'Etat réitère par ailleurs l'opposition formelle qu'il a faite à l'endroit des considérations générales du présent avis concernant l'emploi de concepts étrangers à la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

Article 54

Il n'y a pas lieu de prévoir que les règlements grand-ducaux pris en application de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire restent en vigueur jusqu'à ce qu'il en soit disposé autrement. Ces règlements restent en vigueur pour autant que la nouvelle loi leur assure une base légale. Selon l'arrêt du 1^{er} octobre 2010, n° 57/10 (Mém. A n° 180 du 11 octobre 2010, p. 3004) de la Cour constitutionnelle, la séparation des pouvoirs, telle qu'organisée par la Constitution, implique que chacun des organes étatiques exerçant respectivement les pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel est souverain dans son existence et son fonctionnement et qu'aucun ne saurait exercer les pouvoirs dévolus par la Constitution aux autres organes. Le législateur peut cependant exercer sa compétence dans tous les domaines non réservés, par la Constitution, aux deux autres pouvoirs constitués. L'article 36 de la Constitution réserve toutefois au Grand-Duc le pouvoir de faire les règlements nécessaires à l'exécution des lois. En effet, le législateur empiéterait par la disposition en projet sur les pouvoirs dévolus par la Constitution au Grand-Duc. Le Conseil d'Etat émet les réserves les plus sérieuses au maintien de règlements grand-ducaux « autonomes » qui n'ont pas de base légale dans la nouvelle loi, qu'on les élève au rang de loi par la voie d'une ratification ou qu'on maintienne les dispositions de la loi ancienne comme base légale. Se pose d'ailleurs la question de la modification ou de l'abrogation de ces règlements. Le Conseil d'Etat invite les auteurs à faire l'inventaire des règlements en cause et à leur consacrer une base légale dans la loi en projet. Il s'oppose en conséquence formellement à cette disposition.

Article 55

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 13 juillet 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président ff.,

s. Victor Gillen