

Projet de loi

portant réforme de l'exécution des peines et modifiant:

- **le Code d'instruction criminelle;**
- **le Code pénal;**
- **la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, et**
- **la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti.**

Avis du Conseil d'Etat

(13 juillet 2012)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 13 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 ainsi que d'une fiche financière.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics est parvenu au Conseil d'Etat par dépêche du 4 avril 2012.

Par dépêche du 11 mai 2012, les avis du Parquet général, de la Cour supérieure de justice, du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, du procureur d'Etat de Luxembourg, du procureur d'Etat de Diekirch, de la déléguée à l'exécution des peines et du Service central d'assistance sociale ont été transmis au Conseil d'Etat. L'avis de la Ligue des droits de l'Homme a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 21 juin 2012.

Considérations générales

Selon l'exposé des motifs, le projet de loi sous examen vise à donner une réponse globale aux critiques dont fait l'objet le régime actuel de l'exécution des peines, tel qu'organisé par la loi modifiée du 26 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté, et qui portent sur l'absence de recours juridictionnel contre les décisions prises par le procureur général d'Etat en charge de l'exécution des peines, agissant seul ou de l'accord de la commission dite commission pénitentiaire, prévue à l'article 12 de la loi précitée de 1986. Des critiques ont notamment été articulées par la Cour européenne des droits de l'homme qui a jugé, dans son arrêt du 14 décembre 2010 (*B. contre Luxembourg*), que « la commission pénitentiaire ne satisfait pas aux exigences requises d'un « tribunal » au sens de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Dans l'exposé des motifs, les auteurs du projet de loi reproduisent, encore, le texte intégral de la recommandation n° 30-2008 du 27 février 2008 du médiateur relative à une nouvelle répartition des compétences en matière d'exécution des

peines privatives de liberté dans laquelle le médiateur préconise, entre autres, l'institution d'un juge à l'application des peines.

Par arrêt du 3 avril 2012, prononcé à une date postérieure au dépôt du présent projet de loi, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, statuant après demande de renvoi de l'affaire jugée par l'arrêt précité du 14 décembre 2010, introduite par le Gouvernement luxembourgeois, a conclu à l'absence de violation de l'article 6 de la Convention, « réformant » ainsi l'arrêt de condamnation du Luxembourg de 2010. Selon la Grande Chambre, les revendications du requérant ne portaient pas sur un droit reconnu dans la Convention ou dans l'ordre juridique luxembourgeois alors que l'octroi d'un congé pénal est à qualifier de faveur et que la commission pénitentiaire dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire pour apprécier si le détenu mérite cette faveur. Le Conseil d'Etat constate que la nécessité de la réforme, du moins pour ce qui est de la mise en conformité du régime actuel de l'exécution des peines avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ne s'analyse plus, à la date d'adoption du présent avis, dans les mêmes termes qu'à la date de sa saisine. Sans que le Conseil d'Etat entende mettre en doute le principe même d'une réforme du mécanisme de l'exécution des peines, il considère que la jurisprudence récente de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme peut valablement être invoquée à l'appui de sa suggestion de donner une autre orientation à la réforme et de privilégier le maintien du régime actuel en matière d'exécution des peines, en le complétant par un droit de recours contre les décisions du procureur général d'Etat, plutôt que d'instituer un système particulièrement lourd conférant l'exécution des peines à des juridictions d'application des peines à créer statuant de surcroît à deux degrés. Le Conseil d'Etat reviendra plus en détail sur ces questions à l'occasion de l'examen des différentes dispositions du projet de loi sous avis.

Le projet de loi sous examen doit être analysé en relation avec le projet de loi n° 6382 portant réforme de l'administration pénitentiaire. Ainsi que le Conseil d'Etat aura l'occasion de le préciser dans la suite, les voies de recours contre les décisions disciplinaires prévues dans le présent projet de loi auraient avantage à figurer dans le projet n° 6382. L'arrêt précité du 3 avril 2012 de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme ne porte pas sur la question de l'accès au juge en matière disciplinaire.

Examen des articles

Intitulé

Le libellé de l'intitulé du projet de loi risque d'induire en erreur sur la portée du texte sous avis. Il laisse en effet supposer que la loi en projet serait un texte autonome, alors que sa visée est uniquement modificative. Afin de pallier cette discordance, le Conseil d'Etat propose de libeller l'intitulé comme suit:

« *Projet de loi modifiant:*

- *le Code d'instruction criminelle en introduisant au livre II un titre VI concernant la vidéoconférence ainsi qu'un titre IX concernant l'exécution des peines;*
- *le Code pénal;*
- *la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire; et*

- la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti ».

Article I^{er}

L'article I^{er} comporte cinq points portant modification du Code d'instruction criminelle. Les quatre premiers points modifient une série de dispositions d'ordre technique dudit code et ne sont pas directement liés à la réforme du régime de l'exécution des peines. Cette réforme fait l'objet du point 5) qui ajoute au livre II du Code un titre IX nouveau sur l'exécution des peines.

Point 1)

Le point 1) de l'article I^{er} du projet de loi sous examen propose de compléter l'article 107 du Code d'instruction criminelle par un alinéa 3 nouveau en vue d'introduire le placement sous surveillance électronique en tant que modalité du contrôle judiciaire. Les personnes à placer sous ce régime sont celles visées par les points 2 et 3 de l'alinéa 2 de l'article 107¹. Pour le régime, il est renvoyé aux dispositions nouvelles à introduire dans le nouveau titre IX, précité, sur l'exécution des peines, étant précisé que les conditions et modalités du placement sont décidées par le juge d'instruction compétent en matière de contrôle judiciaire.

Le Conseil d'Etat marque son approbation sur le fond. Il s'interroge sur la formulation de l'article. Les conditions de l'application de la mesure sont fixées à l'article 107, alinéa 2, points 2 et 3. Si le renvoi au nouvel article 690, qui définit techniquement la surveillance électronique, s'impose et si le renvoi à l'article 692 sur le contrôle des effets sur la santé se conçoit, le renvoi aux autres dispositions des articles 687 et 688 à 692 fixant la procédure, les conditions et le régime de la surveillance électronique, en tant que mesure d'exécution des peines, est superflu, voire incohérent. Il en va ainsi de l'article 687, paragraphe 2, qui exige une enquête sociale et une enquête technique ainsi qu'une requête spéciale du procureur général d'Etat, ainsi que de l'article 688 qui prévoit des modalités en partie différentes de celles visées aux points 2 et 3 de l'alinéa 2 de l'article 107, ou encore de l'article 689 sur l'intervention du Service central d'assistance sociale. De même, la référence à l'article 691 relatif à la possibilité de modifier la mesure n'a pas de sens alors que la surveillance électronique pourra être modifiée par le juge d'instruction comme toutes les autres mesures de contrôle judiciaire.

Le Conseil d'Etat propose de libeller le nouvel alinéa 3 de l'article 107 comme suit:

¹ Art. 107. Le contrôle judiciaire peut être ordonné par le juge d'instruction si l'inculpé encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement. Toutefois, si l'inculpé ne réside pas dans le Grand-Duché, le contrôle judiciaire peut être ordonné si le fait emporte une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave.

Ce contrôle astreint la personne concernée à se soumettre, selon la décision du juge d'instruction, à une ou plusieurs des obligations ci-après énumérées:

1. Ne pas sortir des limites territoriales déterminées par le juge d'instruction;
2. Ne s'absenter de son domicile ou de la résidence fixée par le juge d'instruction qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat;
3. Ne pas se rendre en certains lieux ou ne se rendre que dans les lieux déterminés par le juge d'instruction;

...

« Le juge d'instruction peut placer une personne, soumise aux obligations visées aux points 2 et 3 de l'alinéa 2, sous surveillance électronique au sens de l'article 690, après avoir, le cas échéant, appliqué l'article 692. »

Le Conseil d'Etat ajoute une précision importante. Si la période d'application de la technique de la surveillance électronique équivaut à une exécution des peines, une mise en liberté provisoire, sous régime de la surveillance électronique, est à assimiler à une mise en liberté pure et simple.

Les références aux articles sont celles du projet de loi. Une modification de la numérotation exigera une adaptation des références.

Point 2)

Le point 2) de l'article I^{er} du projet de loi sous examen vise à introduire au Code d'instruction criminelle un article 195-1 nouveau suivant lequel, en matière correctionnelle, une peine d'emprisonnement sans sursis devra être motivé. Le Conseil d'Etat note que le texte proposé reprend l'article 132-19, alinéa 2, du Code pénal français.

Le Conseil d'Etat voudrait, d'abord, soulever la question du lien entre l'article sous examen et l'article 626 du Code d'instruction criminelle qui donne au juge pénal le droit d'accorder un sursis total ou partiel en cas de condamnation à une peine privative de liberté ou à une amende. Introduire un nouvel article 195-1 sans modifier l'article 626 est incohérent. Il serait d'ailleurs plus logique de modifier l'article 626 que d'introduire un nouvel article 195-1. Dans le même ordre d'idées, se pose la question de la motivation du prononcé des sanctions accessoires facultatives prévues à l'article 21 du Code pénal, qu'il s'agisse du prononcé en tant que tel ou encore de l'octroi du sursis pour celles de ces sanctions susceptibles d'être accompagnées du sursis. Le Conseil d'Etat considère que l'article 195-1 couvre le sursis simple et le sursis probatoire.

La référence à l'article 195-1 pose un deuxième problème plus général quant à l'obligation de motiver la peine. Le Conseil d'Etat voudrait faire les observations suivantes.

Il note d'abord que le texte sous examen opère un changement de système. Alors que l'octroi du sursis était traditionnellement conçu comme une mesure de faveur, elle devient désormais le principe et le refus du sursis doit être motivé.

Le Conseil d'Etat relève ensuite que le projet sous examen introduit une obligation de motiver le refus du sursis, alors qu'aucune obligation de motivation n'est prévue pour le choix entre l'amende et la peine privative de liberté.

Le Conseil d'Etat est conscient que les auteurs reprennent les règles applicables en France. Il a encore noté que ces modifications sont saluées par les autorités judiciaires.

Le Conseil d'Etat s'est toujours interrogé sur la signification d'une motivation spéciale en matière pénale alors que toute décision de justice doit être motivée, en vertu de l'article 89 de la Constitution. Ce principe est rappelé

pour les condamnations pénales à l'article 195. Il a d'ailleurs été admis par la jurisprudence que cette obligation de motivation vaut pour la déclaration de culpabilité, mais non pas pour la peine qui doit uniquement se situer dans les limites prévues par la loi. Le système envisagé aboutit à introduire différents degrés de motivation, une motivation « normale » pour le constat de culpabilité et une motivation spéciale pour la peine, ou, pour être plus précis, une motivation spéciale pour le refus d'octroi du sursis.

Le Conseil d'Etat continue à s'interroger sur le bien-fondé et sur une différenciation des degrés de motivation.

Point 3)

Le point 3) porte suppression des articles 197, 197-1 et 197-2 du Code d'instruction criminelle relatifs à l'exécution des peines. Ce point est une suite logique du point 5). Aussi le Conseil d'Etat considère-t-il qu'il serait plus logique de commencer le projet de loi par un article I^{er} portant création du nouveau Titre IX sur l'exécution des peines et de regrouper dans un article II les modifications du Code d'instruction criminelle prévues aux points 1 à 4.

Point 4)

Le point 4 « réactive » le Titre VI du Livre II du Code d'instruction criminelle pour introduire une série de neuf articles sur le recours à la vidéoconférence en matière de procédure pénale. Les dispositions visent tant les cas où tous les participants se trouvent au Luxembourg, que les cas où un des participants se trouve à l'étranger. Elles visent également à permettre l'usage de la vidéoconférence dans les cas, nationaux et internationaux, où un des participants est incarcéré.

Le Conseil d'Etat marque son accord avec le recours à ces mécanismes de nature à faciliter le déroulement des procédures dans l'intérêt des personnes concernées. Il approuve encore l'option prise par les auteurs du projet de loi d'entourer l'application de ces nouvelles méthodes techniques de toutes les garanties nécessaires à assurer les droits de la défense et la sécurité juridique. Le Conseil d'Etat note que les textes proposés gagneraient à être mieux articulés, qu'il y a des incohérences au niveau des concepts utilisés et que certaines dispositions sont à omettre. Il limitera ses observations à des propositions de formulation destinées à simplifier et clarifier les textes du projet de loi.

Le Conseil d'Etat relève que le concept de conférence est mal adapté aux procédures en matière pénale. Il relève encore que le nouvel article 553 portant définition et déterminant le champ d'application de ce mécanisme technique n'emploie plus le terme de vidéoconférence, mais celui de « moyens de télécommunication audiovisuelle ». Le Conseil d'Etat propose d'omettre le terme de vidéoconférence et de retenir le concept de moyens de télécommunication audiovisuelle pour le titre ainsi que dans la suite des articles. Il renvoie encore à l'article 706-71 du Code de procédure pénale français qui vise également les « moyens de télécommunications ».

Article 553 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le paragraphe 1^{er} de cet article définit les procédures pour lesquelles le recours aux moyens de télécommunication est autorisé. Le texte est inspiré de l'article 706-71 du Code de procédure pénale français. La référence à « toute autre procédure prévue par la loi » que les auteurs de l'article sous examen ont ajoutée à l'énumération amène le Conseil d'Etat à s'interroger sur la cohérence du texte. Soit, les procédures sont limitativement énumérées, soit les nouveaux moyens techniques s'appliquent à toute procédure pénale, auquel cas on peut « délester » le texte en omettant la référence à des procédures spécifiques. Les précisions déterminantes et indispensables sont d'ailleurs fournies par la référence aux concepts de déposition, audition etc.

Le paragraphe 2 définit ce qu'il y a lieu d'entendre par moyen de télécommunication audiovisuelle. Il ajoute la nécessité de garantir la confidentialité de la transmission. Le Conseil d'Etat note que l'article 706-71 du Code de procédure pénale français ne contient aucune définition. Le Conseil d'Etat ne voit d'ailleurs pas la nécessité d'insérer une définition technique dans le Code d'instruction criminelle. Quelle sera sa valeur normative? En ce qui concerne l'exigence de confidentialité, le Conseil d'Etat relève qu'il ne s'agit pas d'un problème de définition technique, mais d'un critère de fond. Il propose d'omettre le paragraphe 2 et d'ajouter la condition de la confidentialité au paragraphe 1^{er}.

Article 554 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 554 nouveau porte sur quatre points: Il détermine les autorités qui peuvent décider de recourir aux moyens de télécommunication pour un acte de procédure; il pose le principe que leur décision est sans recours; il retient l'exigence que ce procédé soit dans l'intérêt de la manifestation de la vérité et ajoute que les droits de la défense doivent être sauvegardés.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur le sens de cet article et sur sa formulation. La condition que le procédé soit dans l'intérêt de la manifestation de la vérité vaut pour l'acte en tant que tel, mais peut difficilement s'appliquer à la modalité technique d'exécution de l'acte; d'ailleurs, l'article 553 pose la seule condition de la nécessité du recours au moyen technique de la télécommunication, de sorte qu'il y a, à l'évidence, incohérence des textes. L'indication de l'auteur de la décision peut parfaitement être ajoutée au texte de l'article 553. La référence aux droits de la défense est difficile à comprendre alors que la décision de l'autorité compétente est sans recours. On ne peut d'ailleurs pas envisager un débat préalable au cours duquel une partie s'opposerait au recours à la télécommunication audiovisuelle au motif que les droits de la défense seraient affectés. Comment sanctionner une telle condition? Les termes « sans préjudice d'autres voies de recours » précédant l'interdiction du recours ne sont d'ailleurs pas pertinents et sont à omettre, alors que l'interdiction d'un recours contre la décision de recourir aux moyens de télécommunication audiovisuelle n'affecte évidemment en rien le droit d'introduire un recours contre l'acte de procédure en tant que tel.

Le Conseil d'Etat propose de fusionner les articles 553 et 554 en un article unique ayant la teneur suivante:

« Art. 553. (1) En cas de nécessité, la déposition, l'audition ou l'interrogatoire d'une personne ainsi que la confrontation entre plusieurs personnes prévues au Code d'instruction criminelle peuvent être effectués

en plusieurs points du territoire du Grand-Duché de Luxembourg qui sont reliés entre eux par des moyens de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission.

(2) La décision de la juridiction ou du magistrat de procéder par voie de télécommunication audiovisuelle n'est susceptible d'aucun recours. »

Articles 555 et 557 nouveaux du Code d'instruction criminelle

Il y a lieu de regrouper les articles 555 et 557 qui portent tous les deux sur le rôle de l'agent présent. A relever que la formulation du paragraphe 1^{er} de l'article 557 soulève problème en ce que référence est faite à trois concepts apparemment différents, celui de vidéoconférence, celui d'un autre moyen de communication audiovisuelle et celui de conférence téléphonique. Le terme de télécommunication audiovisuelle vise les deux mécanismes techniques. Au niveau des procédures nationales, la méthode pourra être téléphonique ou télévisuelle. Les règles procédurales nationales sont applicables en matière d'entraide judiciaire internationale. Or, certains instruments visent expressément les communications téléphoniques. Le paragraphe 2 de l'article 557, tel qu'il est formulé, opère une confusion difficile à saisir entre le procès-verbal qui acte le constat de l'identité de la personne concernée avant l'acte de procédure et le procès-verbal à dresser éventuellement à la fin de cet acte.

Le texte du nouvel article 554 se lira comme suit:

« Art. 554. La juridiction ou le magistrat compétent désigne un officier ou agent de police judiciaire qui vérifie l'identité de la personne appelée à déposer, à être auditionnée, interrogée ou confrontée et qui est présent auprès de cette personne au cours de l'acte de procédure.

La personne concernée est censée avoir comparu et avoir répondu à la convocation.

A l'issue de l'opération, l'officier ou l'agent de police judiciaire dresse procès-verbal qui est signé par la personne concernée.

Si la loi requiert la signature de l'acte de procédure par la personne concernée, la signature du procès-verbal vaut signature de cet acte de procédure

Si celle-ci refuse de signer, le procès-verbal en fait mention. »

Article 562 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat propose de faire suivre l'article 554 par la disposition de l'article 561 qui concerne le cas de figure où la personne concernée se trouve en détention et où un membre de l'administration pénitentiaire assume le rôle de l'agent qui doit être présent. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la nécessité d'une désignation nominative des membres du personnel. Une telle nomination ne saurait de toute façon pas conférer la qualité d'agent ou d'officier de police judiciaire. L'article 203 du Code d'instruction criminelle permet l'appel par un détenu par déclaration à un « membre du personnel d'administration ou de garde des établissements pénitentiaires » sans que des critères particuliers de nomination soient requis. Le texte, qui prend le numéro 555, est à adapter au niveau de la référence à l'article précédent:

« Art. 555. Lorsque la personne concernée est en détention, la fonction d'officier ou d'agent de police judiciaire visée à l'article 554 peut être exercée par un des membres du personnel de l'administration

pénitentiaire [désignés nominativement par arrêté du ministre ayant la Justice dans ses attributions, pris sur proposition du directeur de l'administration pénitentiaire et sur avis du procureur général d'Etat]. »

Article 559 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat propose de faire suivre l'article 554, tel que reformulé, par un article 556 qui reprend les termes de l'article 559 du projet de loi. Le concept de mandant est à remplacer par celui de personne concernée ou assistée. La référence à l'agent est à omettre, alors que le rôle de l'avocat est à examiner par rapport à la personne qu'il assiste et non pas en relation avec sa présence près de l'agent. La présence de l'avocat auprès de la juridiction, avec droit de communication préalable avec le client, vaut assistance de l'avocat au sens de l'article 6, paragraphe 3, lettre c), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'Etat considère qu'il faut encore prévoir la possibilité pour l'avocat, qui a opté pour une présence personnelle soit auprès du magistrat, soit auprès de son client, de se faire représenter par un autre avocat à l'autre endroit. Le Conseil d'Etat note encore que le texte proposé vise le magistrat et la juridiction, ce qui pose la question de l'application des nouvelles règles aux auditions opérées par la police agissant sur ordre du procureur ou sur commission rogatoire du juge d'instruction.

Le Conseil d'Etat a des difficultés de suivre les auteurs du projet dans leur lecture des conséquences à tirer de l'article 85 du Code d'instruction criminelle. D'abord, le recours aux moyens de télécommunication audiovisuelle n'est pas limité aux hypothèses d'une audition ou d'un interrogatoire d'une personne détenue. Par ailleurs, l'article 85 prévoit qu'« après le premier interrogatoire, l'inculpé, son conseil et la partie civile peuvent prendre communication des pièces du dossier, sans déplacement, la veille de chaque interrogatoire et de tous autres devoirs pour lesquels l'assistance d'un conseil est admise ». Rien n'empêche l'avocat à venir consulter le dossier au greffe, même s'il assiste son mandant, lors d'un interrogatoire par télécommunication, dans le lieu de détention. Le problème se pose toutefois, du moins en théorie, pour le détenu qui n'est pas amené au cabinet d'instruction.

Le Conseil d'Etat propose un texte à portée plus générale, qui reste le plus près possible du libellé de l'article 85. Il faut savoir que si l'article 85 fait l'objet d'une modification, le texte sous examen devra être adapté. Le texte proposé aura la teneur suivante:

« Art. 556. Si la personne concernée est assistée par un avocat, celui-ci peut se trouver soit auprès de cette personne, soit auprès de la juridiction ou du magistrat compétent. Quelque soit le choix de la personne concernée, elle peut encore demander l'assistance d'un avocat présent dans l'autre endroit.

Si un avocat se trouve auprès de la juridiction ou du magistrat compétent, il a le droit de s'entretenir préalablement avec la personne qu'il assiste, de façon confidentielle, en utilisant le moyen de télécommunication audiovisuelle. Si l'avocat se trouve auprès de la personne concernée, celle-ci, de même que l'avocat peuvent demander à prendre préalablement communication des pièces du dossier, à l'endroit où ils se trouvent sauf si cette communication était déjà permise par la loi. »

Article 556 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat propose de faire suivre l'article 556 de l'article 557 prévu dans le projet de loi. Pour des raisons de cohérence terminologique, le texte proposé aura une teneur légèrement différente de celle proposée:

« Art. 557. La déposition, l'audition, l'interrogatoire ou la confrontation font l'objet d'un enregistrement audiovisuel qui est joint au dossier et qui sert de moyen de preuve. L'original est placé sous scellés fermés. Les copies sont inventoriées et versées au dossier. Les enregistrements peuvent être écoutés ou visionnés par les experts désignés et les parties dans les mêmes conditions que celles régissant l'accès au dossier, sans déplacement et à l'endroit désigné par la juridiction ou le magistrat compétent. »

Article 558 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat ne saisit pas la portée de cet article qui réserve l'application, « le cas échéant », des articles 48-1 et 79-1 du Code d'instruction criminelle. D'abord, ces articles visent une hypothèse différente, à savoir celle d'une audition traditionnelle qui est conservée sous forme d'enregistrement. Ensuite, si l'audition d'un mineur se fait par voie de télécommunication audiovisuelle, il y aura de toute façon conservation au titre de l'article 556 (article 557 dans la version du Conseil d'Etat) précité. L'article 558 peut donc être omis.

Article 560 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat approuve l'extension du procédé de télécommunication à l'audition des experts ou à l'intervention des interprètes. La formule « en cas de nécessité résultant de l'impossibilité » est redondante. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la vérification de l'identité de l'expert, alors que le texte proposé ne prévoit pas la présence d'un agent ou officier de police judiciaire. De toute façon, le mécanisme n'est pas applicable si l'expert ne se trouve pas sur le territoire luxembourgeois. Le texte proposé par le Conseil d'Etat, qui prendra le numéro 558, aura la teneur suivante:

« Art. 558. En cas d'impossibilité pour un interprète ou un expert de se déplacer, leur participation aux actes de procédure visés à l'article 553(1) peut également se faire par des moyens de télécommunication audiovisuelle. »

Article 561 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la nécessité de cette disposition. Les instruments internationaux et européens relatifs à l'entraide judiciaire en matière pénale prévoient, selon le cas, le recours aux moyens techniques en cause. Ces instruments renvoient au droit national de l'Etat requis, d'abord pour ce qui est du recours aux mécanismes de télécommunications, ensuite pour ce qui est des modalités procédurales. Certains instruments permettent à l'Etat requérant de demander à l'Etat requis le respect de ses propres conditions procédurales ce qui conduit à une certaine exportation de la loi nationale. Le point décisif pour l'application de ces instruments internationaux est que les Etats contractants disposent d'une procédure interne en la matière. L'instrument international renvoie au droit interne et non pas l'inverse. L'entraide que le Luxembourg accorde, en dehors des régimes conventionnels, sur la base des règles de la

coopération traditionnelle ne requiert pas davantage l'insertion dans le Code d'instruction criminelle d'une disposition de ce type.

Le paragraphe 2 est difficile à accepter en ce qu'il s'inscrit dans l'optique d'une exportation de la loi luxembourgeoise ou d'une garantie d'équivalence des procédures. Retenir un texte de ce genre dans le Code d'instruction criminelle crée un précédent par rapport à d'autres mécanismes d'entraide dans lesquels le législateur a toujours pris soin d'éviter que la procédure puisse être contestée au motif que les actes posés dans l'Etat requis ne répondent pas à tous les critères de la procédure luxembourgeoise. A noter que, pour d'autres actes relevant de l'entraide, en particulier la perquisition et saisie, le Code d'instruction criminelle ne prévoit pas non plus de dispositions sur l'équivalence des garanties procédurales.

Le Conseil d'Etat insiste à voir omettre le texte.

Si le législateur décidait de ne pas suivre le Conseil d'Etat, il y aurait en tout cas lieu d'insérer l'article 561 comme dernier article alors qu'il vise les procédures internationales. Le terme de vidéoconférence est à remplacer, au premier paragraphe, par celui de « moyens de télécommunication audiovisuelle ». La référence à l'entraide policière est à omettre dans le cadre du Code d'instruction criminelle.

Point 5)

Le point 5) ajoute au Livre II du Code d'instruction criminelle un titre IX portant sur l'exécution des décisions pénales. Ce point constitue la partie centrale du projet de loi et le Conseil d'Etat réitère sa suggestion de le faire figurer sous un article 1^{er} du projet sous examen.

Le nouveau titre IX comprend quarante-neuf articles articulés en onze chapitres.

Chapitre I^{er}. - Dispositions générales

Le chapitre I^{er} indique les autorités et parties compétentes pour poursuivre l'exécution des décisions en matière pénale.

Article 669 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article sous examen reprend les principes énoncés dans l'actuel article 197 du Code d'instruction criminelle qui vise le procureur général d'Etat et la partie civile.

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, le Conseil d'Etat propose d'omettre la formule « mise en exécution des peines » qui se comprend peut-être au regard de l'articulation des compétences entre le procureur et la chambre de l'application des peines pour les peines privatives de liberté, mais qui est inadaptée à l'exécution des autres peines. Le Conseil d'Etat se demande pourquoi les auteurs n'ont pas maintenu l'article 197 dont le libellé est au demeurant très proche de celui de l'article 701-1 du Code de procédure pénale français. Il est de même indiqué de respecter l'identité de la formulation pour le ministère public et la partie civile et de relever que l'exécution porte sur la

décision. Il y a lieu de reprendre la terminologie du titre IX. Reconnaître que le procureur général d'Etat poursuit l'exécution des décisions n'empiète en rien sur les compétences de la chambre d'application des peines, comme le met en évidence le code de procédure pénale français. On peut encore garder la référence au procureur général d'Etat et à la partie civile dans le même texte.

Le paragraphe 2 reprend le principe énoncé à l'alinéa 2 de l'article 197 actuel en y apportant certaines précisions. Dans le régime actuel, il s'agit de la seule disposition sur le recouvrement des amendes. Or, dans le projet sous examen, un chapitre entier est réservé à cette question et le Conseil d'Etat considère qu'il serait plus logique de faire figurer le deuxième paragraphe comme première disposition du chapitre III.

Au regard du libellé du paragraphe 1^{er}, le paragraphe 3 est à omettre. L'article sous examen n'aurait qu'un alinéa qui se lira comme suit:

« Le procureur général d'Etat et la partie civile poursuivent l'exécution des décisions en matière pénale, chacun en ce qui le concerne. »

Article 670 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs du projet de loi d'insister sur le respect du délai raisonnable en matière d'exécution des peines. Il tient toutefois à rappeler la différence entre un texte normatif et une déclaration de bonnes intentions. Seules les dispositions prévoyant des délais déterminés ont une portée juridique. Le Conseil d'Etat insiste à voir omettre un texte dépourvu de toute portée normative.

Si le texte est omis, la numérotation des articles suivants est à adapter. La même observation vaut pour d'autres dispositions dont le Conseil d'Etat propose la suppression. Dans le même ordre d'idées, les renvois seront à corriger. Pour faciliter la lecture de l'avis, le Conseil d'Etat poursuit l'examen dans la numérotation retenue par les auteurs du projet de loi.

Article 671 nouveau du Code d'instruction criminelle

Cet article détermine, en quatre points, les compétences de la chambre de l'application des peines. Le Conseil d'Etat considère que la compétence visée au paragraphe 4 a une nature juridique différente de celles pour statuer sur l'exécution des décisions en matière pénale. Les sections XI, XII, et XIII n'ont pas à figurer dans le chapitre II, alors qu'il ne s'agit pas de modalités d'exécution des peines; ces dispositions n'ont tout simplement pas leur place dans le Code d'instruction criminelle, mais dans la future loi portant réforme de l'administration pénitentiaire. Le paragraphe 4 de l'article 671 sous examen est à omettre.

Pour éviter des redites qui sont source de confusion, il y a lieu de remplacer au paragraphe 1^{er}, les termes de « modalités d'aménagement des peines » par ceux de « modalités d'exécution des peines ». Le paragraphe 1^{er} omet de relever les compétences de la chambre d'application des peines en matière de contrainte par corps visées à l'article 699.

Le Conseil d'Etat a des difficultés majeures à suivre les auteurs du projet de loi dans la formulation des compétences de la chambre d'application des peines pour statuer sur la confusion des peines. Les difficultés concernent le principe même de cette compétence et, ensuite, la formulation de la compétence si elle devait être retenue.

La chambre d'application des peines se voit investie du rôle qu'assumait dans le temps le juge pénal saisi d'une procédure suivant une première condamnation intervenue contre le même prévenu. Le juge pénal saisi en second lieu procédait, dans sa propre décision, à la confusion des peines qu'il avait décidées de retenir avec celles prononcées par une décision antérieure. La confusion était partie intégrante de la décision de condamnation. Dans le cadre d'une évolution de la jurisprudence, le juge pénal a considéré que sa compétence était limitée à l'affaire dont il était saisi et qu'il ne lui appartenait pas de procéder à une confusion des peines qu'il entendait prononcer avec des peines prononcées dans des décisions antérieures. Dans la pratique, le délégué du procureur général d'Etat procède actuellement à la confusion. Prévoir pour l'avenir la compétence de la chambre d'application des peines pose problème pour les raisons suivantes. La confusion n'est pas une latitude laissée au juge, mais un droit du condamné. Elle opère de par la loi. Le résultat de l'opération est d'ordre mathématique. Le juge ne la décide pas, il se limite à la constater et à fixer le chiffre résultant de l'opération de calcul. Il ne s'agit pas d'une question d'application de la peine. Le Conseil d'Etat signale que dans le cadre de la réhabilitation, le juge n'est saisi que des demandes de réhabilitation judiciaire où il bénéficie d'une certaine marge d'appréciation. Les réhabilitations dites légales, à la suite desquelles une condamnation est supprimée dans le casier judiciaire interviennent de par la loi, techniquement au moyen du traitement informatique du casier judiciaire. La confusion légale ne requiert pas une intervention du juge pas plus que la réhabilitation légale. Le juge de l'application des peines n'assume pas les fonctions d'un certificateur du résultat de l'application de la loi.

Ainsi qu'il sera développé ci-dessous, le projet de loi prévoit le maintien de certaines compétences entre les mains du procureur général d'Etat. Or, la compétence exclusive de la chambre d'application des peines pour décider de la confusion des peines pose le problème de l'articulation de ses compétences avec celles du procureur général. Est-ce que le procureur général va perdre ces compétences chaque fois qu'il y a lieu à confusion même dans le cas où la peine à exécuter après l'opération de confusion aurait, si elle avait été prononcée seule, pu faire l'objet d'une exécution par le procureur général? Si les compétences du procureur général ne sont pas affectées, il y aura nécessairement une navette entre le procureur général et la chambre avant que l'exécution ne puisse être entamée par le procureur général.

Le Conseil d'Etat considère qu'il n'y a pas lieu de conférer à la chambre d'application des peines la mission de procéder à la confusion des peines, mais de maintenir cette attribution de nature technique entre les mains du procureur général. Le Conseil d'Etat proposera, dans la suite, de compléter le projet de loi sous examen par une disposition qui prévoit une procédure d'information du condamné par le procureur général d'Etat qui aura le droit d'émettre un ordre d'écrou. L'information du condamné portera sur la peine qu'il devra subir, après application des règles de confusion, mécanisme qu'il faudra consacrer et définir. Une disposition sur cette question devra être insérée dans la section consacrée

aux compétences du procureur général. Le Conseil d'Etat fera une proposition de texte. Dans la logique des développements qui précèdent le point 3) de l'article 671 doit être omis.

Si le législateur n'entend pas suivre le Conseil d'Etat les observations suivantes s'imposent en ce qui concerne le texte proposé. La simple référence aux articles 58 et suivants du Code pénal est insuffisante, alors que ces dispositions visent le prononcé d'une condamnation pour une pluralité de faits ou pour des faits susceptibles de plusieurs qualifications. Les termes « résultant de débats différents » sont erronés. Le Conseil d'Etat note encore que le texte sous examen omet toute précision sur la procédure à suivre. La procédure de l'article 708 devrait être d'application. Encore faudra-t-il le prévoir.

Si la compétence de la chambre d'application des peines pour prononcer la confusion des peines devait être maintenue, malgré les réserves expresses du Conseil d'Etat, il y aurait lieu de reprendre la définition que le Conseil d'Etat proposera à la fin de ses observations à l'endroit de l'article 673.

Chapitre II.- De l'exécution des peines privatives de liberté

Ce chapitre constitue la partie la plus importante du projet de loi. Il a pour objet de régler quatre problèmes:

- Quelles modalités peuvent être retenues pour l'exécution des peines privatives de liberté?
- Quelles sont les conditions qui doivent être remplies, tant au niveau de la peine que du condamné?
- Quel est le rôle de la chambre de l'application des peines?
- Quel est le rôle du procureur général d'Etat?

Le Conseil d'Etat note que l'articulation des sections est loin d'être claire et cohérente. La même observation vaut pour les différents articles qui contiennent des redites ou retiennent, par rapport à des problèmes identiques des termes différents. Des questions importantes ne sont pas abordées. Par contre, les auteurs prévoient une série de dispositions dépourvues de toute valeur normative. Au niveau de la structure générale du chapitre, le Conseil d'Etat rappelle que les sections relatives aux recours contre les décisions disciplinaires n'ont pas leur place dans un chapitre relatif à l'exécution des peines privatives de liberté.

Section 1^{ère}.- Dispositions générales

L'intitulé est erroné. La section ne porte pas sur des généralités, mais elle est consacrée, pour l'essentiel, au rôle du procureur général. Il y a dès lors lieu d'écrire: « Section 1^{ère}.- Des attributions du procureur général d'Etat. »

Les missions du procureur général constituent un des problèmes majeurs du présent projet de loi. Les auteurs réservent au procureur général un rôle inédit. Il reste l'autorité qui intervient comme première dans la mise en exécution des peines privatives de liberté, même si le projet reste muet sur ce point. Au niveau des mesures d'exécution, le projet de loi retient un mécanisme « bicéphale ». Dans certaines hypothèses, le procureur général décide, dans un premier temps, de la mesure d'exécution de la peine, quitte à ce que, par la suite, des demandes nouvelles d'exécution soient portées devant la chambre

d'application des peines. Dans d'autres hypothèses, la chambre est compétente dès le début de l'exécution. Le Conseil d'Etat approuve, dans l'optique d'une souplesse du système qui a fait ses preuves dans l'intérêt des condamnés, le maintien de compétences, aussi larges que possible, entre les mains du procureur général d'Etat. Il s'interroge toutefois sur les critères de délimitation de ces compétences par rapport à celles de la chambre d'application des peines, sur la cohérence du mécanisme retenu et sur l'opérabilité de ce système bicéphale. Les rapports d'ordre procédural entre les deux autorités sont loin d'être clairs. Renvoyer à une information du procureur général à la chambre, au sens de l'article 673, paragraphe 3, ne constitue pas une réponse satisfaisante en droit.

Le Conseil d'Etat voudrait souligner qu'il aurait une nette préférence en faveur d'un système différent dans lequel le procureur général d'Etat garderait l'essentiel des compétences prévues par la législation actuelle, quitte à prévoir un recours contre ses décisions devant une juridiction. Ce mécanisme présenterait l'avantage de conserver la flexibilité du régime actuel dont les auteurs du projet ne cessent de souligner l'importance et de répondre, en même temps, aux critiques formulées par la Cour européenne des droits de l'homme qui souligne l'absence de recours effectif devant une juridiction.

Même si le législateur entendait maintenir les principes fondamentaux du système envisagé dans le projet de loi, il devrait veiller à l'instauration d'un mécanisme qui ne comporte pas de lacunes ou d'incohérences. Le Conseil d'Etat reviendra à cette question en particulier à l'occasion de l'analyse de l'article 673.

Comme le Conseil d'Etat l'a déjà indiqué, il manque, dans le texte sous examen, une disposition pourtant essentielle sur le rôle du procureur général d'Etat dans la mise en exécution de la peine privative de liberté. Le condamné doit être informé de la peine qui sera exécutée, compte tenu de l'application éventuelle des règles de confusion et de l'imputation de la période de détention préventive. Cette information devra être adressée au condamné qui est détenu même si la chambre d'application est compétente pour statuer sur les modalités d'exécution de la peine. Pour les condamnés qui ne sont pas incarcérés, le procureur général émettra un ordre d'arrestation qui sera exécuté si l'intéressé ne répond pas à l'injonction de se présenter à la date indiquée au centre pénitentiaire. Ce n'est que si le condamné ne donne pas suite à cette notification, que se pose la question du recours à la force publique prévue à l'article 674. Le paragraphe 5 de l'article 673 ne règle qu'en partie cette question alors qu'il ne vise que les condamnés non incarcérés qui bénéficient des modalités d'exécution décidées par le procureur général.

Article 672 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le texte du paragraphe 1^{er} a davantage sa place dans l'exposé des motifs que dans la loi. Le Conseil d'Etat insiste à voir omettre des textes de nature programmatique dépourvus de la moindre valeur normative.

Le paragraphe 2 n'a de sens que par rapport aux condamnés non incarcérés. Pour les condamnés incarcérés l'exécution commence dès que la décision est devenue irrévocable. Encore faut-il le dire dans la loi et prévoir une information portant également sur l'imputation des périodes de détention préventive. Le Conseil d'Etat peut comprendre le souci des auteurs du projet de

loi de prévoir des délais. Se pose toutefois la question de la sanction du délai. Si le non-respect du délai signifie que l'exécution de la peine est frappée de « déchéance », il faut le dire expressément.

Article 673 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article sous examen est la disposition centrale du projet de loi en ce qui concerne les compétences qui restent entre les mains du procureur général.

En vertu du paragraphe 1^{er}, le procureur général peut décider une des modalités d'exécution prévues à l'article 675. Il peut encore « convertir une peine privative de liberté inférieure ou égale à six mois en travail d'intérêt général ». La chambre d'application des peines ne semble pas disposer de cette faculté. Le terme « convertir » est à omettre alors que le procureur général d'Etat n'a pas le droit de transformer les peines prononcées, mais de décider de modalités d'exécution des peines. Il faudrait dès lors dire qu'il exécute la peine privative de liberté sous forme d'un travail d'intérêt général. Une référence à l'article 22 du Code pénal pour définir les modalités et le régime serait indiquée.

La compétence du procureur général est limitée aux personnes non incarcérées. Par contre, aucune limite n'est prévue au niveau de la nature et de la durée de la peine. Le Conseil d'Etat avoue avoir des difficultés à saisir la pertinence du critère de l'existence d'une détention préventive ou d'une libération conditionnelle pour déterminer la compétence du procureur général en matière d'exécution des peines privatives de liberté. L'article 94 du Code d'instruction criminelle établit, pour le mandat de dépôt et pour une mise en liberté provisoire, une différence entre les résidents et les non-résidents. Parmi les raisons du refus d'une mise en liberté provisoire, le danger de fuite est essentiel. Au regard de ce régime légal, les non-résidents et les personnes sans situation professionnelle ou sociale stable se trouvent plus souvent détenus au moment de passer en jugement que d'autres inculpés. Pourquoi ne pas prévoir une compétence à portée générale du procureur général d'Etat, dans un premier temps, à l'égard de tout condamné, incarcéré ou non, pour toute peine privative de liberté, quitte à faire intervenir la chambre d'application des peines si le condamné entend obtenir des aménagements que ne lui a pas accordés le procureur général?

Les critères dont le procureur général tiendra compte sont déterminés, dans des termes différents, aux paragraphes 1^{er} et 2. Le paragraphe 1^{er} vise la « personnalité et la situation » des condamnés. Ces termes sont plus vagues que le libellé de l'article 2.1 de la loi du 26 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté qui met l'accent sur la situation professionnelle et familiale du condamné et sa personnalité. Le paragraphe 2 prévoit l'octroi de mesures d'assistance et de contrôle. La nature et les modalités de ces mesures ne sont pas précisées davantage que le service chargé d'en contrôler l'application. Le texte fait toutefois référence aux « aspects visés à l'article 675 (2) ». Cette dernière disposition détermine les conditions d'octroi des mesures que doit respecter la chambre de l'application des peines. La lecture combinée des textes permet la conclusion que le procureur général sera dispensé du respect de ces conditions, mais sera seulement invité à les considérer pour les mesures d'assistance et de contrôle. Le Conseil d'Etat réitère sa critique portant sur le manque de cohérence du système envisagé.

Le paragraphe 3 vise le transfert à Givenich. Se pose encore la question du lien entre cette disposition et la section IX spécialement réservée à ce sujet. Le paragraphe précise que le procureur général peut, en cas de transfert à Givenich, accorder une semi-liberté. Or, ce régime fait de toute façon partie des mesures que le procureur général peut prendre au titre de du paragraphe 1^{er} qui renvoie à l'article 675, paragraphe 2. Quelle est l'articulation de ces textes? Les conditions de l'article 677, paragraphe 1^{er}, s'appliquent-elles seulement dans ce cadre ou d'une façon générale?

Le paragraphe 4 relatif au droit pour le procureur général d'Etat de convoquer la personne concernée est la consécration de la pratique actuelle. Se pose la question de savoir si cette pratique doit être ancrée dans la loi. Le texte omet d'ailleurs de préciser si l'entretien est une simple faculté dont dispose le procureur général d'Etat ou s'il s'agit d'un droit pour la personne condamnée. Le Conseil d'Etat note qu'il n'est pas davantage prévu que le procureur général d'Etat peut faire procéder à une enquête par un service social.

Pour le paragraphe 5, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations quant à la nécessité de prévoir un régime procédural général de mise en exécution des peines privatives de liberté.

L'information de la chambre d'application des peines, prévue au paragraphe 6, constitue une procédure pour le moins atypique. Le Conseil d'Etat s'interroge sur le sens de ce régime. S'agit-il uniquement d'assurer l'information de la chambre? Il est difficile d'en voir l'utilité. Est-ce que la chambre a, dès l'information, d'office le droit de révoquer ou de modifier la mesure? Devra-t-elle entendre le condamné? Est-ce que la chambre statuera en application des critères de l'article 675, comme si elle avait eu la compétence première ou seulement si les conditions de l'article 694 sont vérifiées? Pourquoi ne pas attendre qu'elle soit saisie, soit par le condamné qui entend obtenir un aménagement plus favorable, soit par le procureur qui entend voir modifier la mesure? Si cette logique est retenue, on peut omettre la procédure d'information.

Afin de répondre à toutes les questions qui se posent, le Conseil d'Etat exige sous peine d'opposition formelle, pour des considérations de sécurité juridique, que l'article sous avis soit reformulé.

Le Conseil d'Etat rappelle que sa préférence va au maintien du système actuel avec un droit de recours contre les décisions du procureur général devant une juridiction. Si le législateur entend attribuer un droit autonome pour l'exécution des peines privatives de liberté à la chambre d'application des peines, le Conseil d'Etat préconise un régime dans lequel le procureur général se voit investi du droit de décider, dans un premier temps, du moment de la mise en exécution de la peine et des modalités de l'exécution. Par la suite, la chambre d'application des peines pourrait être saisie, par le condamné, de toute demande de modification des modalités décidées par le procureur général d'Etat. Il est évident que la compétence du procureur général d'Etat ne pourra pas porter sur des modalités d'exécution qui ne sont applicables qu'après une certaine durée d'exécution « ferme » et dont l'octroi est effectué sur la base d'une évaluation de la situation du condamné à cette date.

La section relative aux compétences du procureur général commencerait par déterminer ses attributions. Sans vouloir présenter un texte alternatif définitif, le Conseil d'Etat retient les points suivants:

- Le procureur général d'Etat procède à la mise en exécution des peines privatives de liberté. Si un délai est à indiquer, se pose la question de la sanction de l'inobservation de ce délai. Pour les condamnés détenus, la mise en exécution doit débuter dès que la décision de condamnation devient définitive, sinon il faut les élargir.

- Le procureur général d'Etat détermine la durée de la peine à exécuter en imputant sur la peine prononcée la durée de la détention préventive et en procédant à la confusion des peines. La définition suivante de la confusion des peines serait à insérer dans le code: Si deux ou plusieurs décisions de condamnation ont été prononcées en relation avec des infractions, qui ne sont séparées entre elles par une condamnation définitive et qui, en cas de décision de condamnation unique, auraient fait l'objet des règles du concours en application des articles 58 à 65 du Code pénal, la peine la plus forte sera seule exécutée.

- Le procureur général d'Etat décide si le condamné, en fonction de sa situation personnelle et familiale, peut bénéficier d'une des modalités d'exécution des peines prévues aux articles

- Le procureur général d'Etat peut exécuter une peine privative de liberté inférieure ou égale à ... sous la forme de travaux d'intérêt général au sens de l'article 22 du Code pénal.

- Le procureur général d'Etat peut assortir sa décision de mesures d'assistance et de contrôle. Le Conseil d'Etat ne considère pas qu'il soit nécessaire de prévoir expressément que le procureur général peut convoquer le condamné ou qu'il peut faire procéder à une enquête sociale.

- Le procureur général d'Etat fixe le jour à partir duquel commence l'exécution de la peine et peut enjoindre le condamné non incarcéré à se présenter au centre pénitentiaire.

- Le condamné se voit notifier la décision du procureur général.

- Le procureur général d'Etat peut requérir la force publique pour assurer l'exécution des peines privatives de liberté.

Article 674 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat propose de faire suivre les dispositions sur la mise en exécution du texte de l'article 674 du projet sur le recours à la force publique. Il y a lieu d'écrire « requérir la force publique » et d'omettre le terme « assistance ».

Article 675 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen se résume à une énumération des différents régimes d'exécution des peines privatives de liberté qui sont définis par la suite. Pour définir les compétences de la chambre d'application des

peines ou du procureur général, l'insertion d'un article introductif ou énumératif auquel on se référera par la suite n'est pas nécessaire. Le Conseil d'Etat propose dès lors d'omettre ce texte. Il se demande encore si chaque modalité doit faire l'objet d'une section ne comportant souvent qu'un article. Ne pourrait-on pas regrouper les dispositions dans une section intitulée « les modalités d'exécution des peines privatives de liberté »?

Le paragraphe 2 prévoit les conditions dont la chambre d'application des peines devra tenir compte dans l'application des modalités. Cette disposition, qui revêt une nature fondamentale, soulève une série de problèmes.

Au niveau de son emplacement, le Conseil d'Etat propose de la faire figurer à la fin de la section commune sur les différentes modalités.

Au niveau du fond se pose un premier problème relatif à la portée de l'obligation de motivation. La référence aux conditions n'a d'importance réelle qu'en cas de refus d'octroi d'une mesure sollicitée. Quelle est sa signification, y compris pour la motivation formelle de la décision, en cas d'octroi d'une mesure de faveur. Il y a de fortes chances que la motivation se résumera à un renvoi à la disposition pertinente du code, sauf si le ministère public s'y est opposé ou a interjeté appel.

Le Conseil d'Etat note que les conditions prévues sont extrêmement vagues et ne sont susceptibles de prendre sens que sur la base d'une enquête visée à l'article 709.

Se pose encore un problème plus fondamental résultant de la coexistence entre la disposition sous examen qui détermine, globalement, les conditions d'octroi des mesures et les différentes dispositions consacrées aux mesures individuelles qui prévoient à leur tour des conditions spécifiques. S'il s'agit de conditions « objectives » différentes tenant au délai ou à des circonstances externes au condamné, il est possible de faire coexister les deux régimes; si, par contre, les conditions, notamment celles relatives à la personnalité et au comportement du condamné, se rejoignent ou se recourent, le mécanisme devient illogique et difficile à gérer.

Le Conseil d'Etat voudrait rappeler un dernier problème, déjà évoqué concernant la pertinence de ces critères pour la décision du procureur général.

Section II.- L'exécution fractionnée

Article 676 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article sous examen porte sur l'exécution fractionnée, première des modalités d'exécution envisagées. En ce qui concerne le principe de gestion du centre pénitentiaire, le Conseil d'Etat note, d'abord, que, contrairement à l'article 720-1 du Code de procédure pénale français qui prévoit l'exécution fractionnée pour des restes de peines d'emprisonnement inférieures ou égales à deux ans, le régime retenu dans l'article sous examen applique cet aménagement aux peines dès le début de leur exécution, à condition que la peine soit inférieure ou égale à un an. Il n'est pas difficile d'imaginer les difficultés pratiques de gestion auxquelles peut se heurter ce régime. Se pose encore la question déjà évoquée du droit à une exécution fractionnée, si les conditions prévues par la loi

sont remplies, et de la possibilité d'opposer un refus pour des considérations tenant à la gestion des centres pénitentiaires.

En ce qui concerne le texte, le Conseil d'Etat se limite à deux observations: Ne faudrait-il pas préciser le contenu de la « fraction » de droit commun à la première phrase, alors que la seconde phrase prend soin de prévoir expressément, et cela dans une logique de régime dérogatoire au fractionnement de droit commun, que l'exécution peut avoir lieu par journées séparées? Si le Conseil d'Etat comprend le critère particulier de la durée des peines susceptibles de fractionnement, il s'interroge sur les conditions spécifiques relatives à la situation du condamné qui rejoignent, voire font double emploi avec les conditions générales inscrites à l'article 675 du projet de loi. Il est renvoyé aux considérations qui précèdent.

Section III.- La semi-liberté

Article 677 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article sous examen reprend le texte de l'article 2 de la loi actuelle du 26 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté. Se pose, au niveau de la reprise de textes actuels, une question de principe: Soit on les maintient inchangés au motif qu'ils ont fait leur preuve, soit on les examine en vue de les formuler de façon plus précise et cohérente. Dans cette dernière logique, le Conseil d'Etat s'interroge sur la phrase disant que le détenu ne passe dans l'établissement pénitentiaire que « son temps libre et de repos »; cette formulation renverse l'ordre de priorité, détention et sortie, elle est encore imprécise et constitue, au niveau des termes utilisés, une formulation pour le moins surprenante. Le Conseil d'Etat propose les termes suivants: « ... régime dans lequel le condamné est en droit de quitter régulièrement l'établissement pénitentiaire pour exercer une activité professionnelle à l'extérieur ». La seconde phrase du paragraphe 1^{er} peut parfaitement être intégrée dans la première par l'ajout des termes « suivre un enseignement ... ». En ce qui concerne les conditions particulières, qui s'ajoutent dans le cas présent aux conditions générales de l'article 675, paragraphe 2, le Conseil d'Etat relève la formulation très vague de la deuxième phrase qui vise l'enseignement, la formation professionnelle ou un traitement médical ou thérapeutique. Le Conseil d'Etat note encore que la condition justifiant la mesure devra être retenue comme condition attachée à la décision au sens de l'article 694 afin de pouvoir révoquer la mesure si les conditions ayant justifié son octroi ne se trouvent plus remplies.

Le second paragraphe est contradictoire dans son énoncé. Ou bien le régime de semi-liberté implique d'office le droit d'être transféré à « Givenich », sauf décision motivée contraire. Ou bien, le transfert se fait, comme il est dit au texte, « le cas échéant ». Dans ce cas, il n'y a pas lieu à décision motivée contraire; il est même inutile de prévoir une disposition spécifique. D'une façon plus générale, le Conseil d'Etat propose de reléguer cette question dans la disposition relative au transfèrement à « Givenich », plutôt que d'anticiper ici un régime qui n'a pas encore été défini.

Article 678 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 678 est encore repris de l'article 4 de la loi de 1986, précitée. Le texte pose toutefois des problèmes juridiques, en ce sens que le détenu n'est pas d'office en état d'incapacité civile, en ce qui concerne la gestion de ses biens. Régler l'affectation des sommes perçues par règlement grand-ducal est également problématique alors qu'est affecté le droit de propriété. Imposer à une personne qui est, sauf droit de sortie, soumis au régime de l'incarcération, l'obligation de participer aux « frais d'hébergement » pose un problème juridique alors que l'intéressé est en situation d'exécution d'une peine. Le Conseil d'Etat aurait pu imaginer un mécanisme dans lequel le détenu accepte, par cession de salaire ou par un mécanisme particulier, d'affecter une partie de sa rémunération à l'indemnisation de la victime, au paiement de l'amende ou des frais de justice.

Etendre cette cession aux frais d'incarcération est difficile à envisager alors que l'exécution des peines, y compris la prise en charge des frais de l'incarcération, relève des missions de puissance publique. Se pose encore un problème d'égalité de traitement dans la mesure où certains détenus sont soumis à une participation aux frais alors que d'autres y échappent. Pour les raisons juridiques évoquées et au vu de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle concernant le principe d'égalité devant la loi inscrit à l'article 10bis de la Constitution, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition sous examen.

Article 679 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le texte est repris de l'article 5 de la loi du 26 juillet 1986. Dans la logique d'une restructuration des textes supprimant les sections, cette disposition peut parfaitement faire l'objet d'un paragraphe particulier de l'article 677.

Section IV.- Le congé pénal

Article 680 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 680 reprend l'article 6 de la loi du 26 juillet 1986 sur le congé pénal.

Article 681 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 681 reprend l'article 7 de la loi du 26 juillet 1986 sous réserve du remplacement du terme de « raisons familiales » par celui de « raisons pertinentes ». Se pose, comme pour d'autres dispositions, la question du rapport entre ces conditions spécifiques et les conditions générales inscrites à l'article 675, d'autant plus que le nouveau concept de « raisons pertinentes » est des plus imprécis.

Article 682 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 682 reproduit, en substance, l'article 8 de la loi du 26 juillet 1986. Au paragraphe 1, lettre c), les termes « à perpétuité » sont à remplacer par ceux de « réclusion à vie », conformément à la terminologie de l'article 7 du Code pénal. En ce qui concerne les condamnés à la réclusion à vie, le Conseil d'Etat relève que le délai de détention de quinze ans s'applique tant pour le congé pénal objet du texte sous examen que pour la libération conditionnelle

visée à l'article 686, ce qui pose, à l'évidence, un problème d'articulation dans le temps des deux régimes.

Les critères d'une réduction des délais de détention « ferme » prévus au paragraphe 2 reprennent la référence à la « personnalité » du détenu, concept déjà consacré à l'article 675, paragraphe 2, en ajoutant une référence à la situation familiale, concept qui ne figure pas à l'article 675.

Article 683 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 683 reprend l'article 9 de la loi du 26 juillet 1986. Le Conseil d'Etat s'interroge toutefois sur le maintien de ce texte dans le cadre du présent projet de loi. Il n'est pas d'usage de renvoyer dans des dispositions du Code d'instruction criminelle, texte par essence procédural, à des règlements destinés à déterminer les procédures à suivre. Ensuite, la question des « formes à suivre » pour demander le congé pénal soulève le problème plus général des formes à suivre pour demander toutes mesures de faveur prévues. Le Conseil d'Etat propose d'omettre l'article.

Section V.- La suspension de l'exécution de la peine

Article 684 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 684 reprend, avec certaines adaptations terminologiques, l'article 10 de la loi du 26 juillet 1986. Même si l'application du texte actuel ne semble pas avoir posé problème, le Conseil d'Etat s'interroge sur la formulation « la suspension de l'exécution de la peine est comptée.... »; logiquement, il faudrait dire « la période pendant laquelle la suspension est accordée est comptée... ». Les critères renvoient encore, pour partie, aux conditions générales de l'article 675 ou sont très proches de ces derniers. Dès lors que l'objectif de la suspension est de permettre une libération conditionnelle ou de préparer à la libération en fin de peine, terme à préférer à celui d'élargissement définitif, les conditions de la suspension sont à apprécier au regard de cet objectif et non pas par référence à la situation médicale, familiale etc. actuelle. Le Conseil d'Etat note encore qu'il n'est prévu aucun délai spécifique en relation avec les délais imposés pour la libération conditionnelle. La suspension doit également pouvoir être révoquée, selon le régime de l'article 694, si les conditions dont est assortie la décision ne sont pas respectées.

Section VI.- La libération anticipée

Article 685 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article sous examen règle le régime de la libération anticipée en reprenant, en partie, l'article 11 de la loi modifiée du 26 juillet 1986. Le concept de séjour irrégulier vise la situation où une personne a fait l'objet d'une décision de refus de séjour et d'éloignement du territoire.

Selon le Conseil d'Etat, le texte soulève quelques questions juridiques majeures. Peut-on viser les « étrangers » sans tenir compte des particularités de la situation du citoyen européen qui ne peut faire l'objet d'une mesure d'éloignement qu'en cas de trouble particulièrement grave porté à l'ordre public? Est-ce que, de par la loi, une libération anticipée peut entraîner une

interdiction du territoire même en l'absence d'acte afférent de l'autorité administrative compétente? La question fondamentale est de savoir si le législateur peut établir à côté des mesures administratives d'éloignement du territoire, une mesure pénale ayant le même effet. La décision pénale, et *a fortiori* la mesure d'exécution de la peine prononcée par une chambre d'application des peines, ne peut pas se substituer à un acte de l'autorité administrative. Est-ce que les concepts juridiques de temps d'épreuve et de durée d'interdiction de territoire peuvent être assimilés? Est-ce que le prononcé d'un temps d'épreuve qui consiste dans une interdiction de retour sur le territoire national par la chambre d'application n'aboutit pas à modifier la condamnation? Se pose en tout cas un problème sérieux de légalité des condamnations et des peines si le retour illégal au pays devait emporter emprisonnement non seulement pour la partie de la peine initiale non exécutée, mais également pour le délai d'épreuve non respecté. La chambre d'application des peines ne saurait, par le biais d'un temps d'épreuve, modifier la condamnation initiale. Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au texte sous examen.

Section VII.- La libération conditionnelle

Article 686 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 686 porte sur la libération conditionnelle. Les trois premiers paragraphes reprennent les trois premiers paragraphes de l'article 100 du Code pénal. Le terme de condamné à perpétuité est à remplacer par celui de condamnés à la réclusion à vie.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur le nouveau paragraphe 4 qui vise le temps d'épreuve et qui reproduit, en partie, le paragraphe 7 de l'article 100 du Code pénal. Ne faut-il pas prévoir d'abord que la décision accordant la libération anticipée peut imposer un temps d'épreuve et, ensuite, que la durée de ce temps d'épreuve est fonction de la nature correctionnelle ou criminelle de la peine?

Contrairement au texte de l'article 100 actuel, l'article sous examen ne fait aucune référence aux conditions de la libération qualifiée de conditionnelle. De même, le texte omet toute référence à la révocation de la mesure. Le Conseil d'Etat croit avoir compris que les auteurs du projet ont entendu régler ces questions dans les dispositions à portée générale de l'article 694. Le Conseil d'Etat se demande toutefois si ce texte est suffisamment complet et précis pour couvrir tous les problèmes. Quelles conditions peuvent être imposées? Qui va en contrôler le respect de ces conditions? Quel service qui va accompagner le détenu? Il est évident que ces missions ne peuvent être confiées aux services internes des centres pénitentiaires. Les auteurs du projet pensent-ils faire appel au service central d'assistance sociale? Encore faut-il le préciser.

Section VIII.- Le placement sous surveillance électronique

Article 687 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 687 est le premier d'une série de six articles relatifs à l'application du régime du placement sous surveillance électronique en tant que modalité d'exécution des peines privatives de liberté. Du point de vue de la présentation, le Conseil d'Etat se demande s'il n'y a pas lieu de réserver une section particulière à ce régime. Ce choix se justifie, non seulement par le

nombre de dispositions prévues, mais encore par le fait qu'il ne s'agit pas, à vrai dire, d'un régime de faveur pour des condamnés incarcérés, mais d'un mécanisme qui vise justement à éviter l'incarcération. S'ajoute à cela que les conditions prévues à l'article sous examen sont spécifiques.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur les conditions de la mesure. Il relève qu'aucune limite n'est prévue ni en termes de peines prononcées ni en termes de durée déjà exécutée. Il semble donc que tout condamné à une peine privative de liberté, quelque soit le taux, peut bénéficier de cette mesure et cela dès le début de l'exécution de la peine. Le texte reste muet sur la question de l'autonomie du régime ou de sa combinaison avec les autres modalités d'exécution des peines. En ce qui concerne les conditions d'octroi de la mesure, le Conseil d'Etat relève les formulations particulièrement vagues du paragraphe 1^{er}, sous b) et sous d).

Le paragraphe 2 prévoit que la mesure est décidée « à la requête du procureur général ou sur ordonnance de la chambre de l'application des peines ». Cette formulation est incompréhensible; de deux choses l'une, ou bien le procureur général peut, comme le prévoit l'article 673, appliquer cette mesure d'office, à l'instar de toutes les autres auquel cas il est inutile de le rappeler; ou bien le procureur général saisit, dans chaque cas, la chambre par requête, ce qui n'est toutefois pas dans la logique du système. Quelle est la portée de l'« enquête technique »? S'agit-il d'un examen de faisabilité technique. Faut-il d'office procéder à chaque fois à une enquête technique comme préalable procédural de la mesure? Le texte reste muet sur la décision à adopter si l'enquête technique n'est pas concluante. Le texte exige encore une enquête sociale. Alors que pour le suivi, l'article 689 vise le service central d'assistance sociale, l'article sous examen est muet sur le service en charge de cette enquête préalable.

Article 688 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article sous rubrique détermine le contenu du placement sous surveillance.

Dans le paragraphe 1^{er}, il y a lieu, pour des raisons de style, de déplacer le terme « respectivement ». Plutôt que de soumettre le condamné à l'obligation de s'absenter des lieux, il serait plus logique de veiller à ce qu'il soit présent au lieu des activités auxquelles il doit participer. Le paragraphe 2 n'appelle pas de commentaire.

Le Conseil d'Etat comprend la raison d'être du paragraphe 3. Il s'interroge toutefois sur le point de savoir si on peut juridiquement faire dépendre une décision de placement de « l'accord du maître des lieux ». Qui est le maître des lieux, le propriétaire, le locataire? Quid si la personne placée est colocationnaire? A qui l'accord est-il donné, à la personne placée, au juge, au procureur général?

Article 689 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article sous examen constitue la première disposition qui traite du suivi des personnes ayant bénéficié d'une mesure de faveur et qui reconnaît un rôle au service central d'assistance sociale. Le Conseil d'Etat s'interroge sur le suivi des condamnés pour les autres mesures. La section X sur les dispositions dites

communes envisage, à l'article 694, des « mesures d'assistance et de contrôle » pour toutes les mesures sans préciser d'ailleurs les services compétents.

Le Conseil d'Etat a des difficultés à suivre les auteurs du projet de loi quand ils investissent, au paragraphe 2, le service central d'assistance sociale du pouvoir de modifier les horaires sous certaines conditions. Le mécanisme d'information a posteriori du juge avec nécessité de passer par une nouvelle décision de justice en cas de désaccord est non seulement surprenant, mais juridiquement inacceptable. Le juge ne peut pas déléguer des compétences à un service social. D'ailleurs, quel serait le fonctionnaire responsable de l'aménagement, le fonctionnaire en charge du dossier, le directeur du service ou le procureur général dont dépend le service? On quitte ici la logique judiciaire pour entrer dans une logique administrative. Même si l'ordonnance prévoit que les termes fixés peuvent être modifiés par un service dépendant du procureur général, la décision de justice garde sa valeur et la mesure décidée par le service ne se substitue pas à la décision de justice. Le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle à l'endroit de ce texte.

Le Conseil d'Etat pose encore la question de la procédure à suivre si la mesure est décidée directement par le procureur général.

Article 690 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 690 détermine, au paragraphe 1^{er}, les modalités techniques du contrôle.

Le Conseil d'Etat considère qu'il peut être fait abstraction du paragraphe 2. La première phrase est dépourvue de valeur normative. L'application de toutes les mesures prévues dans la loi en projet donne lieu à un traitement de données au sens juridique du terme qui relève de l'article 8 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Pourquoi répéter cette évidence pour la seule surveillance électronique.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la portée du paragraphe 3 qui prévoit de confier la mise en œuvre du procédé technique de surveillance à des personnes (il faudrait ajouter le terme « juridiques ») de droit privé. S'il s'agit simplement de surveiller des moniteurs ou de recevoir des alarmes, il n'est pas nécessaire de le prévoir dans le Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat s'interroge toutefois sur la nécessité, en termes de charge de travail, d'une telle « privatisation » et souligne le risque de retards ou d'incidents au niveau de l'avertissement des autorités publiques.

Article 691 nouveau du Code d'instruction criminelle

Alors que l'article 689 prévoit que le service central d'assistance sociale peut être autorisé à modifier les horaires d'assignation, le texte sous examen dispose que la chambre d'application des peines peut modifier les conditions d'exécution. Les termes utilisés étant différents, le Conseil d'Etat s'interroge sur la portée des deux dispositions. Si la portée est la même, il sera utile d'harmoniser les formulations et de prévoir un article commun. Le Conseil d'Etat note encore que le procureur général d'Etat ne semble pas pouvoir

modifier les modalités d'application de la mesure ni être en droit de faire saisir la chambre d'application des peines par le procureur d'Etat.

Article 692 nouveau du Code d'instruction criminelle

A la lecture du commentaire, le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs de l'article sous examen de prendre des précautions en matière de santé des personnes condamnées. Dans une logique de santé publique et de droit de la responsabilité, la disposition en cause est toutefois des plus surprenantes. Si, comme semble l'indiquer le commentaire, le risque sanitaire du procédé de contrôle électronique n'est pas à exclure, le problème doit recevoir une réponse globale; il ne saurait être réglé par un avis médical individuel. Imagine-t-on un médecin individuel certifier l'absence de risque pour la santé au regard de l'application d'un procédé sur lequel les « fournisseurs du matériel procèdent à des tests », pour reprendre les termes du commentaire? La mise sous surveillance électronique reste, même s'il s'agit d'une mesure de faveur, un acte d'autorité et l'Etat ne saurait se décharger de sa responsabilité, au niveau d'effets négatifs sur la santé, sur un médecin. Le Conseil d'Etat considère que l'article 692 est une fausse « bonne réponse » à un problème technique dont il n'est pas en mesure d'évaluer l'importance. Le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle à l'endroit de la disposition sous examen.

Section IX.-Dispositions particulières au centre pénitentiaire de Givenich

Article 693 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 693 règle le transfèrement du détenu au Centre pénitentiaire de Givenich. Au niveau de l'emplacement de cet article, le Conseil d'Etat considère qu'il pourrait utilement figurer avant la section sur le placement sous surveillance électronique. Le Conseil d'Etat note que le contenu de ce régime est défini uniquement par la localisation géographique du centre pénitentiaire et non pas par le régime de détention. Les approches de définition sont des plus floues; il est question, tantôt, de la non-application des « contraintes plus sévères et inhérentes au régime fermé », tantôt de « milieu semi-ouvert ». Le spécialiste de pénologie et le praticien saisissent peut-être la portée des concepts; le Code d'instruction criminelle ne saurait toutefois se passer de définitions juridiques claires.

Le paragraphe 1^{er} est une illustration du problème du cumul de conditions formulées autrement, mais ayant une signification très proche. La disposition met l'accent sur l'intégration du condamné, « compte tenu des aspects visés à l'article 675 ». Ce dernier texte relève encore l'objectif de l'intégration. Soit les conditions de l'article 675 sont applicables, ce qu'il n'est pas nécessaire de rappeler; soit des conditions spécifiques sont requises.

Le paragraphe 2 se comprend encore dans une logique de praticien. Il est toutefois dépourvu de signification en droit. Toute personne transférée à Givenich peut bénéficier de toutes les mesures prévues dans la section commune sur les aménagements de l'exécution des peines, dont la semi-liberté. Toute mesure de ce type peut s'accompagner d'un transfèrement à Givenich. Chacune des mesures doit faire l'objet d'une décision. En droit le texte est à omettre.

Le paragraphe 3 soulève une série de questions. Quelles sont les conditions dans lesquelles peut intervenir un retransfèrement, le comportement incompatible avec le maintien en milieu semi-ouvert, concept au demeurant non défini, la survenance de faits visés à l'article 694(4) ou tout « fait disciplinaire », concept également non défini. Le texte gagnerait en clarté et en sécurité juridique si les situations étaient clairement définies. La disposition pose encore problème en relation avec l'article 695. Il n'est pas seulement question d'un (re-) transfèrement, mais de suspension des mesures d'exécution des peines; or, l'article 695 n'utilise pas le concept de suspension. La solution ne pourrait-elle pas consister à omettre le régime de sanction particulier du paragraphe 3 et de régler le problème par l'application du droit commun de l'article 695?

Le Conseil d'Etat propose d'omettre l'article 693.

Article 694 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 694 vise à régler l'octroi des mesures d'aménagement de l'exécution des peines, ainsi que leur modification et leur révocation.

Le Conseil d'Etat voudrait faire une observation générale quant à l'emplacement de l'article sous examen. S'il s'agit uniquement de déterminer les conditions d'octroi des mesures, il suffit de reprendre sous l'article en cause, l'article 675, paragraphe 2. L'ensemble des dispositions procédurales sur l'octroi, l'aménagement et la révocation des mesures auraient avantage à figurer dans le chapitre relatif à la chambre d'application des peines. La confusion entre le fond et la procédure devient patente au niveau du paragraphe 3 sur la demande nouvelle, de la deuxième phrase du paragraphe 4 visant la procédure de révocation et du paragraphe 6 sur l'appel. Les observations techniques qui suivent sont faites sous réserve de cette considération plus générale.

Au paragraphe 1^{er}, plutôt que de parler des conditions à respecter « en tenant compte des aspects visés à l'article 675 », il serait indiqué de dire que la chambre d'application des peines assortit la mesure des modalités nécessaires à garantir les conditions auxquelles est soumis l'octroi.

Le paragraphe 2 soulève une série de questions tant au niveau de son articulation avec le paragraphe 1^{er} qu'au niveau de la philosophie qui le sous-tend. Pour la première fois, il est fait référence, au détour d'une phrase, à la demande de la mesure et il est précisé qu'elle peut être refusée dans certains cas. Ni l'article 675 qu'il est proposé d'insérer dans la disposition sous examen ni le paragraphe 1^{er} ne sont rédigés dans cette logique. Y a-t-il une différence de nature et de régime entre les conditions d'octroi de l'article 675 et du paragraphe 1^{er} de l'article 694 et les critères de refus du paragraphe 2? De même, y a-t-il une différence entre les modalités visées au paragraphe 1^{er} de l'article 694 et celles du paragraphe 2? Alors que toutes les dispositions qui précèdent sont rédigées dans une logique d'octroi gracieux des mesures de faveur, le paragraphe 2 répond à une logique de droit à l'obtention de celles-ci qu'on ne peut refuser que s'il y a un risque pour la victime. Pourquoi cette dualité de démarche? Est-ce que l'absence d'effet négatif sur la situation de la victime ne pourrait pas être considérée comme une condition à l'instar des autres? Le Conseil d'Etat note que l'article 675 se réfère expressément à la victime de sorte que le paragraphe 2 n'apporte sur ce point aucune plus-value.

Le rôle « procédural » reconnu à la victime n'est d'ailleurs pas sans poser problème. La victime n'est pas formellement impliquée dans la procédure déclenchée sur demande du condamné. Quelle est alors l'utilité et l'effet d'une information *a posteriori*? Est-ce que la victime devient une sorte de surveillant du respect des modalités imposées au bénéficiaire de la mesure? La victime n'a pas le droit de contester les modalités d'exécution de la peine privative de libertés qui sont décidées par les autorités compétentes ou de s'y opposer. Le texte contient encore une erreur grammaticale, en ce l'adjectif « nécessaire » s'accorde au pluriel.

Comme indiqué ci-dessus, le paragraphe 3 sur une demande nouvelle, de même que le paragraphe 6 sur l'appel constituent des dispositions procédurales qui ont leur place dans le chapitre relatif aux juridictions d'application des peines.

Le paragraphe 4, d'un côté, établit les critères d'une révocation des mesures, de l'autre, renvoie à la procédure applicable. La disposition sous examen est rédigée dans l'optique de mesures accordées par la chambre de l'application ce qui pose la question de la révocation des mesures accordées par le procureur général. Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur la portée des concepts. Que signifie inconduite? S'agit-il d'une infraction nouvelle qu'aurait commise le condamné? Il ne peut pas s'agir de l'inobservation des conditions et modalités, hypothèse spécifiquement visée dans la suite des textes. Quelle est la différence entre un risque de fuite et un risque réel de fuite? La procédure de saisine de la chambre n'est pas réglée, sauf à admettre que la survenance des incidents visés implique toujours une arrestation par le procureur telle qu'organisée à l'article 695.

Le paragraphe 5 peut être fusionné avec le paragraphe précédent. Il suffit de dire que la chambre d'application des peines peut révoquer la mesure ou modifier les modalités et conditions. Techniquement, l'ajout de conditions est également une modification.

Article 695

Cette disposition est encore à déplacer dans le chapitre sur la chambre de l'application des peines, alors qu'il s'agit d'une disposition procédurale. Sous réserve de cette considération, les observations techniques suivantes s'imposent.

Le paragraphe 1^{er} instaure un mécanisme d'arrestation type « flagrant délit » si les cas visés à l'article 694 sont vérifiés. La disposition laisse toute latitude au procureur d'Etat pour apprécier la nécessité de faire procéder à l'arrestation. Le Conseil d'Etat ne saurait, sous peine d'opposition formelle accepter le texte tel que proposé. Il est difficile de concevoir que, hors le cas d'une arrestation en cas de flagrant délit, le procureur d'Etat puisse mettre à néant une décision de justice ayant octroyé une libération. Du moins faudrait-il préciser les conditions de l'arrestation. Il faudrait encore prévoir que l'arrestation emporte suspension de la mesure. De même, la formule de l'information de la chambre d'application serait à remplacer par une saisine au sens procédural du terme en vue d'une révocation formelle de la mesure.

Le paragraphe 2 prévoit que la chambre statue dans les quinze jours. Se pose la question de la conformité du système avec l'article 12 de la Constitution

sur le droit de toute personne arrêtée d'être présentée devant un juge dans les 24 heures. Certes, l'intéressé est sous le coup d'une condamnation à une peine privative de liberté; la suspension de la mesure rétablit le régime d'exécution normale de cette peine. D'un autre côté, le condamné a bénéficié d'une mise en liberté par décision de justice et il en est privé sans avoir accès dans les délais prévus dans la Constitution à un juge. Au niveau de la décision de la chambre, il y a lieu de viser le maintien, la révocation, la modification de la mesure ou des conditions et modalités à respecter. A défaut de saisine de la chambre dans le délai prévu, la décision d'arrestation cesse de produire ses effets et la suspension de la mesure prend fin.

L'appel du procureur d'Etat, visé au paragraphe 3, doit être général et pouvoir viser, au-delà du maintien de la mesure, l'octroi d'une autre mesure ou l'imposition de certaines modalités sur lesquelles le procureur ne serait pas d'accord. Dans cette logique, il faut admettre que, dans la procédure de saisine de la chambre par le procureur d'Etat, ce dernier, de même que le condamné, peuvent prendre position. Cette précision fait défaut et à la lecture de l'article 695, on pourrait croire que la chambre d'application des peines statue sans avoir entendu les parties.

Le Conseil d'Etat a du mal à comprendre la logique du paragraphe 4. Que signifie en droit la rétroactivité de la révocation prononcée? Il est évident que le temps passé en détention est à considérer comme exécution de la peine. Même à défaut d'arrestation, le temps entre la saisine de la chambre d'application des peines et la décision est à considérer. En effet, l'application de la mesure de faveur et son imputation sur la peine est de droit tant que la chambre d'application des peines ne l'a pas formellement révoquée. S'agissant de mesures touchant au droit pénal et de mesures affectant la liberté individuelle, le Conseil d'Etat ne saurait, sous peine d'opposition formelle, admettre la rétroactivité de la révocation à la date de saisine de la chambre et la non prise en compte de cette période pour la computation des peines. La dernière phrase du paragraphe énonce une évidence et peut parfaitement être omise.

De toute façon la disposition du paragraphe 4 doit faire l'objet d'un article particulier alors qu'est visée tant la révocation de l'article 694 que celle de l'article 695 après arrestation.

Articles 696 à 698 nouveau du Code d'instruction criminelle

Comme le Conseil d'Etat l'a déjà indiqué, il y a lieu d'omettre ces dispositions dans le projet de loi sous examen et de les insérer dans le projet de loi portant réforme de l'administration pénitentiaire.

Le Conseil d'Etat voudrait toutefois, dès à présent, faire quelques indications sur la teneur que ces textes devraient recevoir, alors que la formulation actuelle est critiquable. Les textes tels qu'ils sont formulés actuellement répondent à une logique procédurale du recours en matière administrative, même si la terminologie se distingue de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. Le Conseil d'Etat suit pour des raisons de principe et pour des raisons pratiques le choix des auteurs du projet de loi de conférer la compétence au juge judiciaire et concrètement à la chambre de l'application des peines. Il suffira de prévoir que les sanctions disciplinaires prises peuvent faire l'objet d'un recours devant la

chambre qui statuera, à l'évidence comme juge du fond. Elle pourra annuler la décision ou la réformer. Se pose la question d'une « *reformatio in peius* »; celle-ci devrait être exclue si l'on raisonne en termes de droit pénal. Ainsi, le Conseil d'Etat français admet « qu'une sanction disciplinaire ne peut être aggravée sur le seul recours de la personne qui en a fait l'objet (arrêt du 16 mars 1984, Moreteau, Rec. p. 108, concl. B. Genevois). Les termes « en défaveur » du détenu sont à omettre sous peine d'opposition formelle.

D'un point de vue de la présentation, le Conseil d'Etat estime qu'il n'est pas nécessaire de prévoir trois articles différents, mais qu'on peut logiquement couvrir toutes les sanctions disciplinaires dans une seule disposition.

La décision disciplinaire du directeur de l'établissement fait l'objet d'un recours devant le directeur de l'administration pénitentiaire et cette dernière seule peut faire l'objet du recours devant le juge.

Le Conseil d'Etat comprend les considérations pratiques avancées à l'encontre d'un sursis à l'exécution de la mesure disciplinaire en cas de recours. Il rend toutefois attentif que si la décision disciplinaire est infirmée par le juge, la mesure sera souvent déjà exécutée. Le seul moyen entre les mains du condamné sera d'introduire une demande en dommages et intérêts.

Chapitre III.- Du recouvrement des amendes et des frais de justice

Article 699 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 699 figure dans un chapitre III nouveau relatif au recouvrement des amendes et des frais de justice. Dans la suite, le projet prévoit trois autres chapitres, comportant à chaque fois, un article sur les interdictions de conduire, le rétablissement des lieux et la fermeture d'établissement et, enfin, sur les « autres peines ». Le Conseil d'Etat rappelle sa proposition de regrouper, dans un souci d'allègement d'un texte déjà particulièrement lourd, les mesures d'exécution des peines en un chapitre unique.

Le Conseil d'Etat note encore que l'intitulé du chapitre III porte également sur le paiement des frais de justice, alors que les articles ne visent que le paiement de l'amende.

Le Conseil d'Etat propose de faire figurer, en tant que première disposition de ce chapitre, le paragraphe 2 de l'article 669 qui traite du recouvrement des amendes.

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er} de l'article 699, le Conseil d'Etat s'interroge sur le renvoi aux « arrêts et jugements » qui sont « irrévocables ». Au-delà de la question du choix du terme « irrévocable » de préférence à celui de « définitif », se pose la question de la nécessité d'une telle référence alors que l'exécution qu'il s'agisse des peines privatives de liberté, des amendes et de la contrainte par corps ne peut porter que sur des décisions exécutoires. Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur la nécessité et la portée de la formule « lettre chargée à la poste et sans frais », formule qui n'est utilisée dans aucune autre disposition du Code d'instruction criminelle sur les notifications postales. Plutôt que d'insister sur les critères formels de ce courrier, il serait utile de définir le contenu de l'avertissement, à savoir l'indication que, à défaut de paiement de

l'amende dans un certain délai, il y aura contrainte par corps. Le Conseil d'Etat se demande encore s'il est nécessaire d'ajouter un extrait du jugement (ou arrêt). En effet, l'injonction de payer émise, dans un premier temps, par le receveur de l'enregistrement a nécessairement dû faire référence à cette décision, de sorte que la personne condamnée est au courant lorsque l'avertissement lui est adressé.

La première phrase du paragraphe 2 est à omettre alors qu'elle est imprécise et inutile; que signifie la formule « lorsqu'il est envisagé d'exécuter... »? Quel est le sens des mots « statue sur l'opportunité »? Cette formule ne saurait signifier que la chambre pourrait refuser de prononcer une contrainte par corps ou retenir un nombre de journées inférieur à celui résultant de l'application du taux légal. De l'avis du Conseil d'Etat, il y a lieu de dire que « la chambre d'application des peines ordonne la contrainte par corps sur requête du procureur d'Etat ». On peut ajouter qu'elle « peut, eu égard à la personnalité ... appliquer les modalités d'exécution des peines... ». Il faut continuer en disant que « en cas d'ordonnance, le procureur d'Etat fait procéder à l'arrestation ». La phrase selon laquelle la contrainte par corps est exécutée sans autre formalité faute d'acquittement du montant dû est parfaitement superflue. La disposition sous examen omet encore de relever un point essentiel, à savoir que la chambre, même si elle renonce à l'exécution de la peine privative de liberté au profit d'une mesure alternative, doit nécessairement fixer dans sa décision la durée de la peine privative de liberté par application du taux journalier prévu par la loi.

Sur un plan plus fondamental, se pose la question de la cohérence d'un régime dans lequel le procureur général d'Etat garde, du moins vis-à-vis de condamnés non détenus, des compétences pour la mise en exécution des peines privatives de liberté, quelle que soit leur durée, alors qu'il est tenu de saisir la juridiction d'application des peines pour toute mesure de contrainte par corps, quel que soit le taux de l'amende ou du reste de l'amende à exécuter.

Article 700 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le paragraphe 1^{er} énonce une évidence et le Conseil d'Etat considère que la disposition peut être omise, sauf à considérer les hypothèses d'un paiement partiel, ce que le texte sous examen omet toutefois de faire. Si le texte est maintenu, il y a lieu d'ajouter les mots « ou des modalités d'exécution des peines décidées par la chambre d'application des peines. »

Le paragraphe 2 ne soulève pas de commentaire sur le fond. Se posent des questions d'ordre procédural relatives à la présentation de la caution, à la saisine de la chambre de l'application des peines et à l'acceptation de la caution par la chambre. Ces questions ne sont pas réglées par l'énoncé que la caution « est déclarée bonne et valable par la chambre ». Le Conseil d'Etat s'interroge notamment, au niveau du déroulement de la procédure, entre le rôle de la chambre d'application des peines et le rôle du receveur. Le texte ne distingue pas clairement entre deux cas de figure qui peuvent se présenter, celui où la caution est présentée par le condamné devant le receveur qui ne l'admet pas et celui où elle est, au moment de la procédure de contrainte par corps, présentée devant la juridiction.

Le paragraphe 3 doit se lire comme suit: «La caution s'oblige solidairement avec le condamné à payer au plus tard dans un délai de trois mois ». Cette formulation a l'avantage de renvoyer à la loi pour la fixation du délai et évite l'impression que la caution communique un délai dans l'acte d'engagement. La suite pourrait se lire comme suit: « Faute de paiement intégral, l'ordonnance de la chambre est exécutée dans la limite du montant qui reste à payer ». Il faut ajouter cette précision pour couvrir les cas où la caution a payé une partie de l'amende. Se pose encore la question de la coexistence de la contrainte par corps avec l'exercice d'une action contre la caution. La disposition prévue signifie-t-elle que l'Etat a le choix entre les deux procédures? La formule « sans préjudice de » laisse penser qu'il peut y avoir exercice parallèle de la contrainte par corps et d'une action contre la caution. Comment va s'organiser l'exercice parallèle de ces deux procédures?

Compte tenu de la complexité des procédures de présentation d'une caution et des multiples questions qu'elles posent, le Conseil est à se demander s'il ne serait pas préférable de faire l'économie des paragraphes 2 et 3. Le receveur de l'enregistrement procède au recouvrement de l'amende selon les procédures qu'il applique également en d'autres matières. Rien n'empêche un tiers de payer en lieu et place du condamné. Rien n'empêche le receveur d'accorder un délai que le paiement soit effectué à l'issue de ce délai par le condamné ou pour son compte par un tiers. Le concept de caution tiré du droit des obligations contractuelles est au demeurant mal adapté alors qu'on n'est pas en matière contractuelle et que le condamné est déjà en état de non paiement. Pour des raisons de cohérence des textes utilisant les mêmes concepts juridiques, et de sécurité juridique, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, de revoir la disposition sous examen.

Article 701 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen fait double emploi avec l'article 671, sub 2). Si la procédure de présentation de la caution est organisée dans la loi, il n'est plus nécessaire de souligner la compétence de la chambre pour « l'acceptation des cautions ». Le premier paragraphe peut être omis.

Le paragraphe 2 dispose que la saisine de la chambre ne suspend pas l'exécution de la contrainte par corps. Cette phrase peut parfaitement être ajoutée au paragraphe 2 de l'article 700. Si comme le suggère le Conseil d'Etat, le régime de la caution n'est plus organisé dans la loi, la référence à cette question peut être omise.

Chapitre IV.- De l'exécution des décisions prononçant une interdiction de conduire

Article 702 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article 702 est l'article unique d'un chapitre spécial sur les interdictions de conduire judiciaires. Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'opportunité de retenir la disposition sous examen dans le Code d'instruction criminelle et sur les difficultés résultant de la combinaison du texte sous examen avec la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques. C'est à juste titre que le commentaire relève que l'article sous examen est à lire en combinaison avec l'article 13 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la

réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques qui porte sur l'interdiction de conduire judiciaire. Le texte sous examen apporte deux compléments, le premier sur la date de mise en exécution d'une interdiction de conduire, le second sur l'articulation entre des interdictions judiciaires successives assorties de modalités différentes. Le Conseil d'Etat préconise de compléter la législation relative à la circulation routière sur ces points: les nouvelles règles n'exigent d'ailleurs pas la saisine de la chambre d'application des peines, mais peuvent parfaitement être organisées par le procureur général. Les observations qui suivent ne sont faites que sous réserve de cette considération plus générale.

Le paragraphe 1^{er} détermine le moment auquel doit débiter l'exécution de l'interdiction de conduire judiciaire. Il prévoit encore qu'une interdiction non conditionnelle, il faudrait dire non assortie d'un sursis, peut se faire en deux temps. La disposition reste muette sur la question de l'autorité compétente. Il semble logique de dire clairement que le procureur général fait procéder à l'exécution de la mesure et peut décider l'aménagement prévu. Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur les critères du choix d'un délai de neuf mois permettant une exécution en deux temps.

Les paragraphes 2 et 3 visent respectivement l'hypothèse où la personne qui fait l'objet de l'interdiction de conduire se trouve emprisonnée et celle où elle fait l'objet d'une suspension du permis après perte de son capital de points. La question de l'exécution d'une interdiction de conduire judiciaire en relation avec un retrait administratif n'est pas envisagée.

Le paragraphe 4 prévoit la restitution du permis par le procureur général à la fin de la période. La référence au procureur général fournit une réponse indirecte à la question non tranchée au paragraphe 1^{er} sur l'autorité compétente. Si les auteurs du projet de loi considèrent qu'il est indiqué de régler la restitution du permis, on aurait pu penser qu'ils aient également précisé que l'exécution de l'interdiction comporte, du moins dans les cas où la décision ne prévoit pas de dérogations, saisie ou remise du permis.

Le paragraphe 5 vise l'hypothèse de deux interdictions de conduire prononcées successivement. Il règle, en particulier le cas où la première interdiction était assortie d'un sursis simple qui tombe alors que la seconde condamnation est assortie d'aménagements. La chambre d'application des peines peut être saisie en vue d'étendre les aménagements à la première condamnation. Le Conseil d'Etat se demande si, pour des raisons pratiques, il n'y a pas lieu de fixer un délai et de prévoir que l'exécution de l'interdiction de conduire ferme sera suspendue par la saisine de la chambre. Une autre solution consisterait à commencer l'exécution de la deuxième condamnation.

A ce jour, la procédure du droit de grâce est régulièrement activée pour régler les problèmes pratiques auxquels conduit la divergence des modalités dont sont affectées les interdictions de conduire successives. La nouvelle compétence de la chambre d'application des peines n'interdit pas de demander une grâce; la demande portera sur la condamnation et non pas sur la décision de la chambre d'application des peines.

Chapitre V.- Du rétablissement des lieux et des fermetures d'entreprises et d'établissements

Article 703 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat rappelle que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation², le rétablissement des lieux n'est pas une sanction pénale, mais une mesure de nature civile, décidée certes dans l'intérêt général. D'ailleurs le rétablissement des lieux peut également être entrepris par la commune si elle s'est portée partie civile. L'organisation du rétablissement des lieux dans le cadre du présent projet de loi risque d'être interprétée en ce sens que la nature juridique de la mesure a changé et devient une sanction pénale, d'autant plus qu'elle est rapprochée de la fermeture d'établissement qui est une peine.

Article 704 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat a du mal à saisir la raison d'être et la portée de l'article sous examen. Le commentaire se borne à paraphraser la disposition légale en projet. Le procureur général d'Etat ne saurait reléguer l'exécution matérielle à un tiers, ni charger un tiers de l'exécution par simple « signalement » de la décision. Dans un texte de procédure pénale, la formule « par un moyen approprié » est à proscrire. Une chose est d'exécuter une décision, une autre chose est d'informer des tiers ayant un intérêt afin qu'ils puissent tirer des conséquences de la décision dans le domaine pour lequel ils sont compétents. Quel est l'objet de la disposition? A défaut d'explication convaincante sur la portée et la pertinence de ce texte, le Conseil d'Etat en demande la suppression.

Chapitre VII.- Des juridictions de l'application des peines

Avant d'entamer l'examen des différentes dispositions, le Conseil d'Etat voudrait poser la question fondamentale de la structure des juridictions et de la nécessité de prévoir un double degré de juridiction.

Pour les mesures d'exécution des peines se pose, dans l'optique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la question de la qualification de la mesure comme faveur ou comme droit. Même si on retient le concept de droit, il s'agit d'un droit civil au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cet article, en combinaison avec l'article 13, exige l'accès à un juge indépendant et impartial. La mesure d'exécution de la peine n'étant pas une déclaration de culpabilité ou une condamnation au sens de l'article 2 du Protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le double degré de juridiction ne s'impose pas. Cette considération vaut que le législateur opte pour un régime de recours juridictionnel contre les décisions du procureur général ou pour le système du juge de l'application des peines au sens du présent projet de loi.

Pour les recours en matière disciplinaire qui, de l'avis du Conseil d'Etat, devraient être réglées dans le projet de loi n° 6382, l'exigence du double degré dépend de la qualification pénale de la sanction disciplinaire. Dans un arrêt récent du 20 janvier 2011 (*Payet c/ France*), la Cour européenne a écarté la

² Arrêt n° 24/2010 pénal du 20 mai 2010

qualification pénale d'une mesure disciplinaire, en milieu carcéral au motif que la durée de la détention du requérant n'avait pas été allongée. Etait en cause une mesure particulièrement grave, à savoir une détention en cellule disciplinaire dont l'application concrète a d'ailleurs été considérée comme un traitement inhumain. Or, aucune des mesures disciplinaires appliquées à l'heure actuelle au Luxembourg ne conduit à un allongement de la peine. Il est vrai que la jurisprudence précitée a fait l'objet de critiques. Il est vrai également que la question du double degré de juridiction en matière disciplinaire pénitentiaire doit être appréciée avec d'autres procédures disciplinaires prévues en droit luxembourgeois et qu'il faudrait justifier l'unicité d'un degré de juridiction par la différence de situation ou par les particularités du régime pénitentiaire.

Section I.- De la chambre de l'application des peines du tribunal d'arrondissement de Luxembourg

Article 705 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article sous examen est le premier d'une série de quatorze articles sur l'organisation et le fonctionnement de la nouvelle chambre d'application des peines.

Le paragraphe 1^{er} est superflu alors qu'il ne fait que répéter ce qui est dit à l'article 671. Une autre solution serait de faire figurer l'article 671 comme premier article du chapitre consacré à la nouvelle juridiction. Le Conseil d'Etat rappelle qu'il a proposé de reléguer les dispositions sur les recours en matière disciplinaire dans la future loi portant réforme de l'administration pénitentiaire et qu'il a proposé de laisser la confusion des peines entre les mains du procureur général d'Etat.

Le paragraphe 2 prévoit que la chambre d'application des peines statue en chambre du conseil ce qui signifie que le public est exclu des audiences de la chambre du conseil. Préciser que l'ordonnance doit être motivée est superflu alors que toute décision de justice est motivée et que la loi en projet détermine les conditions d'octroi des aménagements prévus. Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à la disposition qui prévoit que le prononcé n'a pas lieu en audience publique, alors que cette disposition est contraire à l'article 89 de la Constitution. En effet, contrairement à l'article 88 de la Constitution sur la publicité des audiences, l'article 89 ne prévoit pas de dérogation. La chambre d'application des peines, même statuant en chambre du conseil, ne constitue pas une juridiction d'instruction couverte par le principe du secret de l'instruction.

Article 706 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article sous examen pose certaines questions de principe. Le Conseil d'Etat a du mal à saisir la pertinence de l'urgence comme critère du recours au juge unique. La procédure en cause ne peut pas être comparée à une procédure de référé. Les questions pratiques d'organisation des juridictions ne devraient pas être déterminantes pour abandonner le principe de la composition à trois juges. Le Conseil d'Etat pourrait par contre envisager un mécanisme où certaines demandes, de moindre portée, pourraient être traitées par un juge unique.

L'article 706 prend soin de préciser que la décision de statuer à juge unique en raison de l'urgence doit être motivée et qu'elle n'est pas susceptible de recours. Le Conseil d'Etat s'interroge sur nécessité de ces précisions. Le constat de l'urgence relève, dans l'optique des auteurs du texte, de l'appréciation du juge au regard des circonstances et un recours est difficile à envisager dès lors qu'il reviendrait à contester l'urgence.

Si les textes sont maintenus, le Conseil d'Etat propose de les insérer juste avant l'article 711 ce qui permettra d'éviter le double renvoi de l'article 706 à l'article 711 et vice-versa. Le juge unique devrait également pouvoir connaître de recours en matière disciplinaire.

Article 707 nouveau du Code d'instruction criminelle

La portée de l'article 707 n'est pas des plus claires. Pourquoi l'octroi d'un premier aménagement de la peine privative de liberté devrait-il déclencher, pour l'avenir, la compétence du juge unique, alors que les décisions ultérieures, qu'elles soient plus favorables ou moins favorables, peuvent revêtir une grande importance? S'agit-il d'introduire un mécanisme dans lequel le condamné passe, une première fois, devant une composition à trois et pour toutes les procédures ultérieures devant le juge unique? Le Conseil d'Etat propose d'omettre cet article, sinon de spécifier, comme il l'a suggéré, les mesures qui peuvent être décidées par la chambre de l'application des peines statuant à juge unique.

Article 708 nouveau du Code d'instruction criminelle

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, le Conseil d'Etat considère qu'il peut être fait abstraction de la référence à la personne « détenue ». S'il s'agit de l'exécution des peines, le détenu est nécessairement condamné. Pour les recours en matière disciplinaire, le Conseil d'Etat renvoie à sa proposition de reléguer cette question dans la future loi sur l'administration pénitentiaire. De même, la précision que l'avocat peut agir pour le compte du condamné est superflue au regard des règles du mandat de l'avocat. Il suffit de faire référence au condamné et au procureur.

Le Conseil d'Etat émet ses réserves les plus fortes sur le paragraphe 2 qui prévoit la saisine de la chambre par le directeur d'un établissement pénitentiaire agissant « pour le compte » du condamné. Le directeur agirait-il d'office pour le condamné ou serait-il une sorte de mandataire, en l'absence d'un avocat? Le directeur n'a pas qualité pour saisir la chambre. Contrairement à ce qui est soutenu dans le commentaire, l'administration pénitentiaire n'a pas vocation à participer d'office aux débats et ne constitue pas une « tierce partie intéressée », ni *a fortiori* une partie principale. Il appartient au procureur de saisir, dans la défense de l'intérêt général, la chambre d'application des peines; la direction de l'établissement pénitentiaire peut communiquer au procureur les données nécessaires à cet effet. Dans le respect des règles de base de la procédure judiciaire qui fait intervenir devant un juge le demandeur et le ministère public, seul défendeur de la loi et de l'intérêt général, le Conseil d'Etat s'oppose, sous peine d'opposition formelle, à la reconnaissance d'un rôle procédural à la direction d'un établissement pénitentiaire.

Le paragraphe 3 établit le principe de la saisine par requête déposée au greffe. La phrase que la requête est motivée et accompagnée, le cas échéant, de

pièces justificatives est parfaitement superflue. D'ailleurs est-ce qu'une demande prétendument non motivée serait irrecevable? Le Conseil d'Etat, sans vouloir mettre en doute les explications pratiques données dans le commentaire, s'interroge sur la sévérité de la dernière phrase qui sanctionne d'irrecevabilité des requêtes contenant plus d'un chef de demande. Dans la mesure où le projet de loi vise à renforcer les droits des condamnés, il est surprenant de voir instituer le couperet de l'irrecevabilité pour les demandes qui ne sont pas rédigées par un avocat.

L'utilisation du concept d'« autre partie » au paragraphe 4 est inappropriée. Il y a lieu de préciser que la requête du condamné est communiquée au ministère public et celle du ministère public au condamné. Au regard de ses observations relatives au rôle de l'administration du centre pénitentiaire dans la procédure, le Conseil d'Etat se prononce contre une communication de la requête au directeur de l'établissement pénitentiaire.

Articles 709 et 710 nouveaux du Code d'instruction criminelle

Le paragraphe 1^{er} de l'article 709 précise que la chambre peut recueillir tous les renseignements. Si les rapports du service central d'assistance sociale ont une importance telle qu'il faut y faire référence dans le Code d'instruction criminelle, la formule « y compris le cas échéant » est difficile à comprendre. Le Conseil d'Etat constate que la disposition sous examen fait référence au concept de contrat volontaire d'intégration qui n'est pas défini dans la loi en projet.

Si la chambre veut obtenir des renseignements ou un avis auprès de la direction du centre pénitentiaire, elle formulera une demande en ce sens. Il est même possible que le greffe introduise une telle demande dès réception de la requête. Il n'est toutefois pas indiqué d'opérer une confusion entre cette fonction de renseignement et un rôle procédural de « tiers intéressé » par le biais de la communication obligatoire de la requête valant demande d'avis.

Le paragraphe 2 de l'article 709 prévoit que le procureur d'Etat conclut dans les trois jours. Cela signifie que la chambre ne peut pas statuer dans ce délai. Se pose la question de savoir si les conclusions du procureur présentées tardivement sont irrecevables même si la chambre n'a pas encore statué? Est-ce que le procureur a accès aux renseignements visés au paragraphe 1^{er}. Le Conseil d'Etat note encore que l'article 709 ne peut viser que le cas où la requête émane du condamné et où le procureur conclut sur la demande. Logiquement, il ne peut pas s'agir du cas de figure où la requête émane du procureur. Comment se déroule la procédure dans ce cas de figure?

Le paragraphe 2 de l'article 709 présente des problèmes au niveau de sa structure et de sa logique, en relation avec l'article 710, alors qu'il mélange l'étape procédurale des conclusions et la phase de l'ordonnance. Pourquoi distinguer entre le cas où le procureur d'Etat s'oppose à l'octroi de la mesure sollicitée et celui où il ne s'y oppose pas. Même dans l'hypothèse où il ne s'oppose pas, voire dans l'hypothèse, au demeurant non envisagée dans la disposition sous examen, où il a lui-même demandé la mesure, les juges ont toute latitude pour prendre leur décision. L'incidente, figurant dans la deuxième phrase, que la chambre adopte la mesure si elle est appropriée est superflue. La formule que la chambre statue « sans autres formalités » est également vide de signification juridique.

Le Conseil d'Etat comprend les textes en ce sens que si le procureur présente des conclusions conformes à la demande du condamné, il n'y aura pas d'audience, sauf décision contraire de la chambre. Il faudrait ajouter l'hypothèse où la demande émane du procureur lui-même et est en faveur du condamné. Si, par contre le procureur d'Etat s'oppose à la requête, le texte impose une audience. Le Conseil d'Etat se prononce en faveur du principe de la procédure écrite. Il pose la question de savoir si le respect du contradictoire exige toujours la tenue d'une audience? La chambre est toujours libre d'entendre le condamné, des travailleurs sociaux ou des responsables du centre pénitentiaire sans que cela ne doive être précisé au paragraphe 3 de l'article 710.

Le Conseil d'Etat rappelle ses réserves fondamentales quant au rôle reconnu dans la procédure à la direction de l'établissement pénitentiaire en droit d'obtenir communication de la demande et de faire un avis.

En ce qui concerne le rôle du service central d'assistance sociale, le Conseil d'Etat note que les textes sous examen y font référence à deux reprises avec des formulations différentes; le paragraphe 1^{er} de l'article 709 vise les rapports de ce service parmi les renseignements dont peut s'entourer la chambre; le paragraphe 2 de l'article 710 parle de « recueillir son avis » ce qui consiste en réalité dans l'audition d'un membre du service. Le Conseil d'Etat rappelle que le juge peut toujours entendre des travailleurs sociaux, des membres de la direction ou du personnel du centre pénitentiaire, voire des personnes tierces ou des experts, et cela au titre du droit prévu au premier paragraphe de l'article 709 de recueillir tous les renseignements utiles. Faut-il répéter cette évidence pour la procédure orale? Si le législateur estime qu'il est utile de le faire, les paragraphes 2 et 3 de l'article 710 peuvent parfaitement être fusionnés, il suffit d'énumérer les personnes que la chambre peut entendre.

En ce qui concerne la dernière phrase du paragraphe 3, le Conseil d'Etat s'interroge sur la nécessité de prévoir que la chambre peut siéger au centre pénitentiaire. En effet, les nouvelles dispositions sur la procédure de télécommunication audiovisuelle ont également vocation à s'appliquer en la matière.

Article 711 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat renvoie à sa proposition de regrouper les dispositions sur la procédure d'urgence ce qui permettra d'ailleurs de les raccourcir.

Le deuxième paragraphe est à omettre pour les raisons déjà exposées.

Au niveau du paragraphe 3, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations relatives au délai dans lequel doit statuer la chambre. Cette question est à régler à l'article 710.

Section II.- De la chambre de l'application des peines de la cour d'appel

Le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations à l'ingrès du Chapitre VII où il a relevé que le double degré de juridiction ne s'impose pas.

Article 712 nouveau du Code d'instruction criminelle

Si la proposition du Conseil d'Etat de régler les recours en matière disciplinaire dans la loi portant réforme de l'administration pénitentiaire est suivie, le premier paragraphe peut être omis.

Le Conseil d'Etat note que la procédure devant la Cour d'appel comporte nécessairement une audience. Au niveau de la formulation, le Conseil d'Etat proposerait de préciser les parties aux paragraphes 1^{er} et 3 à 5. Il réitère ses interrogations quant à l'information de l'établissement pénitentiaire et quant au droit reconnu à l'établissement de fournir des mémoires, alors que l'établissement n'est pas partie à la procédure. Les délais prévus sont assez longs, cinq jours pour le condamné et dix jours pour le parquet pour interjeter appel, huit jours pour la convocation à l'audience. Aucun délai plus court n'est prévu même dans le cas où la procédure d'urgence s'appliquait en première instance. Pourquoi prévoir une notification de l'appel du parquet au greffe, procédure inconnue en matière pénale? Il est inutile de préciser que l'arrêt est motivé. Pour l'absence de prononcé en audience publique, le Conseil renvoie à ses considérations antérieures.

Le Conseil d'Etat propose de reformuler l'article sous examen et de suivre la logique de l'article 133 du Code d'instruction criminelle; il faut préciser d'abord qui peut relever appel, (voir article 133, paragraphe 1^{er}), ensuite déterminer devant quelle juridiction est porté l'appel (voir article 133, paragraphe 4), par après régler les formes et délais de l'appel (article 133, paragraphe 5) pour traiter ensuite de l'information des parties et de la procédure à l'audience (article 133, paragraphes 7 et 8). La terminologie utilisée dans le droit existant est à suivre dans la mesure du possible.

Article 713 nouveau du Code d'instruction criminelle

L'article sous examen reprend les dispositions de l'article 133-1 du Code d'instruction criminelle.

Article 714 nouveau du Code d'instruction criminelle

Sans observation.

Section III.- Dispositions communes

Article 715 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Conseil d'Etat se demande s'il faut prévoir, dans la loi en projet, une disposition aussi longue et complexe pour reconnaître à la chambre le droit de statuer par décision unique sur une pluralité de requêtes. Il n'y a pas de jonction au sens de la procédure civile.

Article 716 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le paragraphe 1^{er} suffit. Il n'y a pas lieu de régler les notifications et informations des établissements pénitentiaires qui ne sont pas partie à la procédure. Préciser que les communications entre la chambre et le ministère public se font « par tout moyen laissant une trace écrite » est parfaitement inutile

d'autant plus que les articles 133 et suivants du Code d'instruction criminelle ne contiennent pas de disposition similaire et qu'on ne voit pas la plus-value, en termes de bonne gestion administrative, d'une formule de ce genre. Le Conseil d'Etat marque ses réserves quant à l'introduction, dans ce cadre, de méthodes de « communication » simplifiées « laissant une trace écrite », sur « demande expresse ». De telles dispositions seront source de problèmes procéduraux.

Article 717 nouveau du Code d'instruction criminelle

Le Code d'instruction criminelle ne contient pas de règles particulières sur la computation des délais. Les règles de la procédure civile, elles-mêmes fixées en vertu de dispositions internationales, sont d'application. Le Conseil d'Etat relève que le mécanisme appliqué devant la chambre d'application des peines est différent du droit commun en matière pénale, alors que le cours du délai est suspendu les samedis, dimanches et jours fériés. Est-il indiqué d'introduire des dérogations au droit commun? La procédure d'instruction connaît également des délais très courts qui ne sont pas suspendus.

Article 718 nouveau du Code d'instruction criminelle

Dans un souci d'apparence d'objectivité, le Conseil d'Etat approuve la disposition sous examen, même si les situations visées aux articles 27, paragraphe 2, et 127, paragraphe 4, sont juridiquement différentes en ce que, dans le régime sous examen, l'intéressé a fait l'objet d'une condamnation définitive. Le Conseil d'Etat relève que les magistrats de la chambre du conseil qui sont intervenus au cours de l'instruction ayant conduit à la condamnation ne sont pas visés par l'exclusion.

Article II

Sans observation.

Article III

Point 1

Sans observation.

Point 2

En fonction d'une renumérotation éventuelle des articles, il y a lieu d'adapter les renvois.

Point 3

L'adjectif « spéciale » est à supprimer. En fonction d'une renumérotation éventuelle des articles, il y a lieu d'adapter, le cas échéant, le renvoi à l'article 671.

Point 4

Le bout de phrase « telle que prévue ... » est à omettre.

Point 5

Le bout de phrase « conformément aux ... » peut être omis.

Points 6 et 7

Sans observation.

Article IV

Sans observation.

Article V

Il n'y a pas lieu de prévoir que les règlements grand-ducaux pris en application de la loi modifiée du 26 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté restent en vigueur jusqu'à ce qu'il en soit disposé autrement. Ces règlements restent en vigueur pour autant 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 cependant 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 des 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 VI

En fonction d'une renumérotation éventuelle des articles, il y a lieu d'adapter les renvois.

Considérations finales

Le Conseil d'Etat voudrait rappeler certaines de ses observations fondamentales en guise de conclusion.

Le projet sous examen entend réformer en profondeur le régime d'exécution des peines en attribuant la mission essentielle en la matière à une juridiction de l'application des peines. Le Conseil d'Etat note que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, invoquée comme

une des raisons de la réforme, se borne à imposer le droit d'accès au juge, et encore pour les seules modalités d'exécution des peines qui sont à qualifier de droits pour le condamné.

Le projet sous examen ne va d'ailleurs pas au bout de sa logique en laissant d'importantes compétences entre les mains du procureur général, sans que ces compétences soient considérées comme une atteinte aux droits des condamnés. L'articulation des compétences du procureur général et de la chambre d'exécution des peines n'est pas évidente.

Le système juridictionnel d'exécution des peines s'avère lourd et complexe en termes de procédures. Son efficacité dans la logique d'une exécution des peines soucieuse des droits du condamné et des intérêts de la société est loin d'être garantie.

Le texte soumis à l'avis du Conseil d'Etat est souvent imprécis et incohérent et fait l'objet d'une série d'oppositions formelles.

A l'issue de l'analyse et de ses observations concernant l'ensemble du projet de loi, le Conseil d'Etat continue à s'interroger sur la justesse du choix opéré par les auteurs. Il considère que le maintien de la compétence pour l'exécution des peines entre les mains du procureur général d'Etat avec la consécration d'un droit de recours des condamnés contre les décisions du procureur général devant un juge judiciaire aurait constitué un système à la fois plus simple, plus efficace et aussi respectueux des droits des intéressés que celui retenu dans le projet sous examen.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 13 juillet 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président ff.,

s. Victor Gillen