

Proposition de loi

portant modification de la loi du 11 avril 2010 (1) portant approbation du protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies à New York, le 18 décembre 2002 et (2) portant désignation du médiateur en tant que mécanisme national de prévention et fixant ses attributions

Avis du Conseil d'État

(30 juin 2026)

Par dépêche du 1^{er} avril 2025, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État la proposition de loi sous rubrique, élaborée par le député Dan Biancalana.

Le texte de la proposition de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche financière ainsi que d'un texte coordonné de l'acte qu'il s'agit de modifier.

Par dépêche du 15 mai 2025, le président du Conseil d'État a sollicité la prise de position du Gouvernement sur la proposition de loi sous rubrique.

Considérations générales

Selon l'auteur de la proposition de loi sous avis, celle-ci « vise à apporter les modifications nécessaires afin de permettre au mécanisme national de prévention (ci-après « MNP ») d'exercer efficacement les missions qui lui sont confiées par la loi du 11 avril 2010 (1) portant approbation du protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies à New York, le 18 décembre 2002 et (2) portant désignation du médiateur en tant que mécanisme national de prévention et fixant ses attributions », et ce étant donné que le texte actuel ne répondrait pas suffisamment aux réalités du terrain.

Ainsi, la loi précitée du 11 avril 2010 ne préciserait « ni les lieux relevant du champ de compétence du mécanisme national de prévention [...] ni les critères permettant d'y exercer un contrôle ». Or, une limitation des lieux visés uniquement à ceux dans lesquels aurait lieu une privation de liberté répondant à la définition stricte de l'article 4, paragraphe 2, du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, fait à New York, le 18 décembre 2002, à savoir « toute forme de détention ou d'emprisonnement, ou le placement d'une personne dans un établissement public ou privé de

surveillance dont elle n'est pas autorisée à sortir à son gré, ordonné par une autorité judiciaire ou administrative ou toute autre autorité publique », excluait du champ de compétence de l'Ombudsman les lieux où une telle privation aurait lieu *de facto*, et notamment des lieux privés. Sont cités comme exemples notamment « les maisons de retraite, les maisons de soins, les foyers pour personnes en situation de handicap, l'ensemble des foyers pour enfants, ainsi que les foyers d'accueil et de dépannage pour enfants ».

Il découle du point 52 de l'« Observation générale n° 1 (2024) relative à l'article 4 du Protocole facultatif (lieux de privation de liberté) », adoptée par le Sous-Comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants à sa cinquante-troisième session (3-7 juin 2024), que « [l]a pratique actuelle des mécanismes nationaux de prévention converge vers une interprétation large, ciblée et efficace du terme « lieu de privation de liberté ». Même dans les cas où la législation nationale comporte des listes non exhaustives, les mécanismes nationaux de prévention sont généralement allés au-delà des établissements répertoriés et ont visité d'autres lieux dans le cadre de leur programme de visites régulières. Les mécanismes nationaux de prévention ont insisté auprès du Sous-Comité sur la nécessité de veiller à ce qu'ils aient accès à tous les lieux de privation de liberté, publics ou privés, à but lucratif ou non, et civils ou militaires. Il peut s'agir de lieux où des personnes de tous âges sont détenues sur l'ordre, à l'instigation ou avec le consentement d'une autorité publique, pour différents motifs, comme le fait d'avoir des démêlés avec la justice ou pour des raisons de protection ou d'éducation, ou encore à des fins humanitaires. Des personnes peuvent être privées de liberté dans ces lieux pour n'importe quelle durée, même très brièvement, y compris le temps d'un transit, et le lieu lui-même peut être n'importe quel type d'installation et se situer sur terre, en mer ou dans les airs. Les personnes détenues dans ces lieux peuvent y être entrées volontairement ou y avoir été placées de force. Il peut aussi y avoir privation de liberté lorsque des personnes sont arrêtées par la police sur la voie publique ou par des gardes privés dans des centres commerciaux, par exemple. D'autres lieux où des personnes peuvent être de fait privées de liberté, tels que des logements détenus ou loués par des entités privées qui accueillent des personnes ayant un handicap mental, en raison des restrictions imposées par certains prestataires de services, relèvent également du champ d'application de l'article 4. »

L'Ombudsman peut ainsi d'ores et déjà se baser sur la disposition internationale susmentionnée, directement applicable en droit interne, pour demander à avoir accès à ces endroits, sous réserve que la seconde condition découlant de l'article 4 précité soit remplie.

Le seul fait qu'il y ait privation de liberté ne suffit en effet pas pour donner compétence à l'Ombudsman, étant donné que le paragraphe 1^{er} de l'article 4 du protocole précité prévoit que la privation de liberté doit avoir lieu « sur l'ordre d'une autorité publique ou à son instigation, ou avec son consentement exprès ou tacite », ce qui entraîne que le lieu en question participe des « lieux où des individus sont ou peuvent être privés de liberté et à l'égard desquels l'État exerce ou semble devoir exercer une fonction de réglementation ou une fonction institutionnelle »¹. Si cette seconde condition n'est pas remplie, l'Ombudsman ne peut pas prétendre à exercer son contrôle.

¹ Observation générale n° 1 (2024), point 47.

Le Conseil d'État relève toutefois que, notamment le Code pénal, plus particulièrement en ses articles consacrés à la séquestration et à la détention illégale, met en place un dispositif répressif visant les faits de privation illégale de liberté commis en dehors de la sphère des autorités publiques.

Ainsi que le souligne l'auteur de la proposition de loi sous revue, tant l'Ombudsman en tant que contrôleur externe des lieux privés de liberté que le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants préconisent toutefois une extension des pouvoirs de l'Ombudsman aux lieux privés de liberté qui ne tombent pas sous le régime spécifique mis en place par le protocole précité. La décision de procéder à une telle extension, qui n'est pas requise par les textes internationaux, appartient au législateur.

En dernier lieu, le Conseil d'État attire l'attention des auteurs sur le fait qu'en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 5 avril 2023 portant modification de la loi modifiée du 22 août 2003 instituant un médiateur, le mot « Ombudsman » est venu remplacer celui de « médiateur » « dans tous les textes de loi et de règlement », de sorte que la proposition de loi sous examen doit être alignée sur la loi précitée du 2023. Par ailleurs, il s'impose d'unifier la désignation de l'« Ombudsman » dans les différents articles de la loi que la proposition de loi sous avis entend modifier. L'Ombudsman s'étant vu confier par la loi précitée du 11 avril 2010 la fonction de « contrôleur externe des lieux privés de liberté », le texte devrait exclusivement soit faire référence à l'« Ombudsman », solution préconisée par le Conseil d'État, étant donné que le rôle en question est attribué à l'Ombudsman en tant qu'autorité, soit au « contrôleur externe des lieux privés de liberté » et cela à chaque occurrence de la notion afin d'assurer une meilleure lisibilité du texte.

Examen des articles

Article 1^{er}

À la lecture du texte coordonné versé au dossier, le Conseil d'État comprend qu'il s'agit de modifier l'article 1^{er} de la loi à modifier et non pas l'article 3. Le Conseil d'État demande partant de viser l'article 1^{er} de la loi à modifier et non l'article 3.

Article 2

Le point 1^o insère un paragraphe 3*bis* au sein de l'article 4 de la loi précitée du 11 avril 2010. Selon le commentaire de la disposition, le texte s'inspire des recommandations du document intitulé « Prévenir la torture : Le rôle des mécanismes nationaux de prévention - un guide pratique »². Or, lesdites recommandations se réfèrent elles-mêmes à l'article 35 du protocole susmentionné selon lequel « [l]es membres [...] des mécanismes nationaux de prévention jouissent des privilèges et immunités qui leur sont nécessaires pour exercer leurs fonctions en toute indépendance ».

Le Conseil d'État relève en premier lieu que la loi modifiée du 22 août 2003 instituant un Ombudsman ne prévoit pas de régime d'immunité spécial

² *Prévenir la torture - un guide pratique: Le rôle des mécanismes nationaux de prévention*, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), New York et Genève, 2021, p. 19.

ni pour l'Ombudsman, ni pour le personnel de son administration intervenant en son nom. Ce n'est que le principe de l'indépendance qui se retrouve à l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de la loi précitée du 22 août 2003, qui dispose que l'Ombudsman « ne reçoit, dans l'exercice de ses fonctions, d'instructions d'aucune autorité ».

Il appartient au législateur d'apprécier la nécessité de légiférer dans le sens préconisé par l'auteur de la proposition de loi sous avis. Il s'impose toutefois de ne pas limiter l'immunité, ainsi que le prévoit la disposition sous examen, au seul personnel de l'Ombudsman, mais d'inclure dans son bénéfice également celui-ci, en écrivant, par exemple :

« Ni l'Ombudsman, ni son personnel intervenant en son nom, ne peuvent être poursuivis, recherchés, arrêtés, détenus ou jugés en raison des opinions qu'ils émettent dans l'exercice de leurs fonctions. »

Au sujet du point 2°, le Conseil d'État relève que la condition des personnes détenues en vertu d'un titre judiciaire ou administratif diffère fondamentalement de celle des personnes empêchées *de facto* d'exercer leur liberté d'aller et de venir. Il estime par conséquent judicieux de maintenir le terme de « détention » et de viser respectivement les « lieux de détention ou de séjour » et les « conditions de détention ou de séjour ».

Article 3

La disposition sous examen entend remplacer l'article 5 de la loi précitée du 11 avril 2010, en étendant les pouvoirs de l'Ombudsman à pouvoir demander des renseignements, au-delà du cercle actuellement visé, à savoir uniquement le service visé par l'enquête, également à des tiers, à savoir « à tout service et à toute personne privée susceptible de lui donner des informations pertinentes à la réalisation de sa mission ». Aux termes du commentaire de cette disposition, sont visées notamment d'autres instances telles que les autorités judiciaires, mais aussi des personnes privées comme la famille de la personne privée de liberté. Il est encore proposé que le service et la personne « sont obligés de remettre à l'Ombudsman dans les délais fixés par celui-ci toutes les informations réclamées ».

En ce qui concerne plus particulièrement les autorités judiciaires, le Conseil d'État constate qu'une telle extension n'est pas sans soulever des problèmes quant à l'articulation entre le secret de l'instruction, compris comme mesure de protection tant des devoirs d'instruction en cours que des droits des personnes visées par une telle instruction, et le fait que, tel que l'article 5, alinéa 2, de la loi précitée du 11 avril 2010 le prévoit déjà actuellement, « [l]e caractère secret ou confidentiel des pièces dont il demande la communication ne peut pas [...] être opposé » à l'Ombudsman. La loi devrait en tout cas préciser l'étendue de l'accès ainsi accordé à l'Ombudsman afin de maintenir ledit secret. Par ailleurs, le Conseil d'État rappelle que l'accès aux données judiciaires par des instances tierces fait partie du champ d'application de la loi du 1^{er} août 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale.

Si le principe d'un élargissement des instances et des personnes que l'Ombudsman peut contacter ne peut par ailleurs qu'être favorable à la personne privée de liberté, l'exercice de ce droit soulève, à défaut d'autres précisions, un certain nombre de questions. Le Conseil d'État s'interroge

notamment sur les moyens dont dispose l'Ombudsman si une personne privée refuse de collaborer avec lui. La proposition de loi sous avis, selon le commentaire de la disposition sous examen, ne semble en effet que viser la possibilité, pour l'Ombudsman, de recueillir des informations qui lui sont données spontanément par des tiers, tandis que le texte sous examen prévoit que l'Ombudsman peut, de sa propre initiative, contacter ces personnes.

Le Conseil d'État se demande si ces difficultés ne pourraient pas être rencontrées en maintenant l'article 5 en l'état, mais en ajoutant un alinéa 3 consacré à la possibilité pour l'Ombudsman de « recueillir des informations provenant sur sa demande ou spontanément de personnes tierces ».

Article 4

La disposition sous examen remplace l'article 7 de la loi précitée du 11 avril 2010. Les différences essentielles consistent, en premier lieu, à remplacer la faculté, pour l'Ombudsman, d'établir un rapport individuel à l'issue d'un contrôle par une obligation de rédaction d'un tel rapport et, en second lieu, en la suppression du rapport annuel.

Le Conseil d'État rappelle que, dans son avis complémentaire du 18 décembre 2009, relatif au projet de loi 5849 portant approbation du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies à New York le 18 décembre 2002³, il avait estimé qu'« [a]ux termes du Protocole, l'État s'engage à publier et à diffuser le rapport du mécanisme national de prévention. Contrairement au libellé du Protocole, l'article 5 prévoit l'obligation, dans le chef de l'Ombudsman, d'établir « à l'issue de chaque contrôle exercé dans le cadre de sa mission, définie aux articles 3 et 4, un rapport détaillé contenant ses constats ». Cette obligation n'est pas prévue au Protocole. Elle n'a d'ailleurs aucun intérêt alors qu'il faut supposer qu'un rapport n'est utile que dans la mesure où il est jugé nécessaire par l'Ombudsman. Par contre, le Conseil d'État doit s'opposer formellement à la disposition de l'article 5 prévoyant la publication « d'un rapport annuel » par la Chambre des députés. Cette disposition viole le contenu précis de l'article 23 du Protocole, qui fait obligation à l'État de publier le rapport du mécanisme national de prévention » et avait proposé le texte qui figure actuellement à la loi précitée du 11 avril 2010.

Il appartient au législateur de décider si l'Ombudsman doit à l'avenir dresser un rapport sur toute intervention, même s'il juge lui-même une telle rédaction inutile et tout au plus chronophage. Quant au rapport annuel, ce dernier continue à être obligatoire pour l'Ombudsman en vertu de sa loi organique, et il rapportera dans ce cadre nécessairement sur toutes ses activités, dont évidemment celle de contrôleur externe des lieux privatifs de liberté. Ce rapport sera ensuite publié par la Chambre des députés. En ce sens, la suppression de la mention expresse du rapport annuel dans la disposition sous examen restera *in fine* sans effet.

³ Avis complémentaire du Conseil d'État du 18 décembre 2009, dossier parl. n° 5849⁴, p. 3.

Article 5

L'alinéa 2 prévoit que l'Ombudsman « décide souverainement des suites qu'il désire y réserver », le pronom adverbial « y » faisant référence aux « incidents indésirables » visés à l'alinéa 1^{er}. Dans la mesure où tant le protocole précité que la loi précitée du 22 août 2003 confèrent à l'Ombudsman une indépendance totale dans l'exercice de ses missions, et notamment dans celle de contrôleur externe des lieux privés de liberté, la précision qu'il prend ses décisions « souverainement » est superflue et peut être omise.

Observations d'ordre légistique

Observation générale

Pour marquer une obligation, il suffit généralement de recourir au seul présent de l'indicatif, qui a, comme tel, valeur impérative, au lieu d'employer le verbe « devoir ».

Article 1^{er}

Le point 1^o est à reformuler comme suit :

« 1^o L'alinéa unique devient le paragraphe 1^{er} ; ».

Au point 2^o, phrase liminaire, il est recommandé d'écrire « À la suite du paragraphe 1^{er} nouveau, sont insérés [...] ».

Au point 2^o, à l'article 1^{er}, paragraphe 3, alinéas 1^{er} et 2, à insérer, il est signalé que les mots latins « de facto » sont à écrire en caractères italiques.

À l'article 1^{er}, paragraphe 3, alinéa 2, à insérer, il convient d'écrire « dont elle est dans l'impossibilité matérielle ».

Article 2

Le point 2^o est à reformuler comme suit :

« 2^o Au paragraphe 4, le mot « détention » est remplacé par le mot « séjour ». »

Article 3

À l'occasion du remplacement d'articles dans leur intégralité ou d'insertion d'articles, le texte nouveau est précédé de l'indication du numéro correspondant qui est souligné. Cette observation vaut également pour les articles 4 et 5.

Article 4

À l'article 7, troisième phrase, dans sa teneur proposée, il y a lieu de se référer au « mécanisme national de prévention » et non au « MNP ». Cette observation vaut également pour l'article 5, à l'article 8, alinéa 1^{er}, à insérer.

Article 5

Il est suggéré de reformuler la phrase liminaire comme suit :

« À la suite de l'article 7 de la même loi, il est ajouté un article 8 nouveau, libellé comme suit : ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 19 votants,
le 30 juin 2026.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Pour le Président,
Le Vice-Président,

s. Alain Kinsch